

Estudio de un caso en el entorno penal: «Muerte en la gasolinera», un *error penal invencible*

MANUEL MANZANO SOUSA

Coronel de la Guardia Civil

Erraron quienes creyeron verdadera medida de los delitos la intención de quien los comete. Ésta depende de la impresión actual de los objetos y de la precedentes disposición de la mente, las cuales varían en todos los hombres y aún en cada hombre, con la velocísima sucesión de las ideas, de las pasiones y de las circunstancias.

CESARE BECCARIA
«De los delitos y de las penas.» XXIV.
Medida de los delitos.

79

1. INTRODUCCIÓN

En aquellos días —unos de los más felices de mi vida— tenía a mi cargo la asistencia letrada en el cuerpo de la Guardia Civil. En estos momentos (noviembre 2003) sé que la Policía Autonómica de la Comunidad del País Vasco tiene previsto en su normativa reguladora la asistencia letrada por cuenta de su Gobierno; y me es grato comprobar la amplia garantía que, como un derecho del funcionario de la Administración de la Generalidad, se prevé en su estatuto [art. 92.a) del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre].

Viene esto a propósito, pues la eficazísima defensa que se pudo articular en el caso que se comenta a continuación se debió —sin duda— a la *rapidez* con que fue asistido técnicamente el guardia civil autor de los disparos que causaron la muerte de una persona. Como casi siempre que se pretende establecer un análisis clasificatorio de un asunto complejo se incurre en deficiencias. Acto seguido se subsanan.

Además de una inmediata asistencia letrada, tal como dicen los artículos, 17 de la Constitución y 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal, también aplicables, aunque parezca una obviedad referirlo, a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, las claves decisivas que propiciaron una —a mi juicio— sentencia justa, fueron dos. La primera, por orden cronológico, se debe a las excelentes diligencias policiales que realizó el servicio de Policía Judicial de Segovia (la inspección ocular, sobre todo), bajo el mando del entonces capitán D. José Luis Pérez Martín.

La segunda, esencial en cualquier caso, pero muy notoria en el presente, es atribuible a la magnífica defensa que llevó a cabo el letrado y amigo D. Fernando Reinoso Barbero que se ocupó del caso. Su ajustada calificación jurídica de los hechos fue determinante para el pronunciamiento de un fallo absolutorio (en cuanto a la responsabilidad penal) del acusado, por parte de la Sala de la Audiencia Provincial que vio la causa.

Mi intención en esta introducción es remontarme a aquellos años para conse-

guir de mí mismo y del lector revivir aquel apasionante caso que, trece años más tarde, accediendo gustosamente a la invitación que la Escuela de Policía de Cataluña, me dio la oportunidad de exponer y debatir públicamente con los médicos forenses y demás personal policial asistente al seminario «La evaluación de las condiciones psicológicas para el uso de armas de fuego» (septiembre de 2003).

Después de esta declaración de intenciones para cumplir en este estudio que comenzamos, quiero referirme de nuevo a los elementos decisivos del caso que pasaremos a evaluar. Así, un estudio de la defensa técnica del abogado y el acierto del tribunal quedan fuera de nuestros propósitos. Pero la inestimable asistencia letrada, en tiempo y forma, que diríamos en el foro, y el escrupuloso proceder en la instrucción de la diligencias de prevención quedan de nuestra parte, y pueden revelarse, a la postre, determinantes. Luego, en la vista oral, la prueba testifical y pericial que se base sobre aquellas, pudo, en manos de la defensa, ser la clave para que hiciera prevalecer su tesis o al menos darle al tribunal suficientes argumentos para construir una sentencia lo más favorable a los intereses del agente policial acusado.

Son múltiples, los supuestos en los que la reacción de un policía armado en una situación conflictiva en el ejercicio del cargo, puede ocasionar una muerte, tanto con una voluntad dolosa como por un manejo imprudente del arma. Pero pocas de ellas tendrán una *plena* justificación desde el punto de vista jurídico. Éstas son, sin duda, las debidas a su uso en legítima defensa. Aunque se nos confunda (en el cine principalmente) sobre lo que a todas luces parece un obrar conforme a deber, la realidad es que ante un tribunal de justicia pocos bienes (la seguridad ciudadana, el patrimonio, la propiedad, etc) comprendidos en nuestro ordenamiento jurídico y protegidos por una represión penal, gozan de una cobertura tan amplia.

Sólo la defensa de la vida propia o la de terceros puede llegar tan lejos.

La conclusión es bien sencilla, aunque pueda sorprender a desavisados, tal es que a pesar de que cada agente policial de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en España entre otros países, se haya adoptado el hábito de portar armas de fuego en todo momento y en cualquier tipo de servicio. La experiencia aconseja —aunque el asunto sé que es polémico— que ella no es precisa en la inmensa mayoría de los casos y que no todos los agentes están capacitados desde los criterios pertinentes: psicológicos, técnicos y normativos, para utilizarla conforme a su deber, llegado el caso. De cómo interpreta el agente policial cuál es su deber, cifrado en el uso de su arma, y del que le va a ser exigido por su Administración y/o por los jueces y tribunales, está la jurisprudencia repleta.

La respuesta administrativa, como consecuencia de los expedientes disciplinarios que se abren por esta causa,¹ por lo que respecta a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, carece de una doctrina unificada en cuanto a la incoa-

1. Así tenemos que en los respectivos regímenes disciplinarios se sancionan conductas muy similares bajo el concepto de falta grave o muy grave.

El del Cuerpo Nacional de Policía (R. D. 884/89, de 14 de julio), en su artículo 7.15 considera falta grave: «Exhibir ...el arma reglamentaria sin causa justificada, así como utilizar el arma en acto de servicio

ción y tramitación de los expedientes sancionadores, en los casos en que haya conocido igualmente la autoridad judicial.

Es significativo, aunque por otra parte muy común, que las infracciones disciplinarias (vid. n.1) para describir el tipo que se sanciona (uso indebido del arma) tienen que recurrir necesariamente a la consabida cláusula de remisión, de carácter normativo: *infringiendo las normas establecidas*, o bien *las disposiciones vigentes*, o similar. Lo grave de esta situación es que para completar las acciones sancionables se cuente con tan pocos elementos que dimanen de unos preceptos que con el rango legal adecuado (el de una ley orgánica, sin duda, pues se compromete al derecho a la vida, (vid. art. 81.1 de la Constitución) puedan instruirnos sobre el correcto uso de las armas.

En resumidas cuentas, que en el marco normativo español no se cuenta con una ley para el uso de la fuerza o de los medios de coacción física por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Esta gravísima situación me permite derivar a una breve, pero conveniente digresión para presentar el siguiente bosquejo.

2. UNA BREVE DIGRESIÓN. LAS NORMAS QUE REGULAN EL USO DE LAS ARMAS

Lo primero que cabe destacar en la visión de este panorama es la extensa y precisa dedicación que las normas internacionales le han prestado a esta práctica policial, que de suyo genera graves consecuencias en el derecho más fundamental entre todos, cual es el de la vida; y por tanto, resulta tan necesario para todos los Cuerpos policiales.

Nos son conocidas y pertenecen, desde luego, al acervo profesional de materias indispensables en un centro de formación, considerándolas de obligado estudio e interiorización. Me refiero a normas tales como la «Declaración de la Policía» de 1979.²

o fuera de él infringiendo las normas establecidas.» El de la Policía Autónoma del País Vasco (Ley 4/92, de 17 de julio y D. de 15 de junio de 1982), en su artículo 152.19, considera falta grave: «*Exhibir intencionada y ostentadamente el arma reglamentaria, así como utilizarla, a no ser en legítima defensa o en los casos previstos en las disposiciones vigentes.*»

El de los Cuerpos de Policía de Navarra (Ley Foral 1/87, de 13 de febrero), en su artículo 53. g), considera falta grave: «*La utilización de las armas reglamentarias fuera de los actos de servicio o con infracción de las normas que regulan su uso, cuando no se produjesen daños materiales o personales.*»; y en su artículo 54. m), como falta muy grave: «*La utilización de las armas reglamentarias fuera de los actos de servicio o con infracción de las normas que regulen su uso, cuando se hubieren producido daños materiales o personales, o notoria alarma pública.*»

El de los Mozos de Escuadra de la Generalitat de Cataluña (D. 402/82, de 21 de octubre), en su artículo 25. o), considera falta muy grave: «*Exhibir el arma reglamentaria ... sin ninguna causa que lo justifique, así como la utilización del arma fuera de servicio, excepto en el caso de legítima defensa.*»

El de la Guardia Civil (Ley orgánica 11/91, de 17 de junio, modificada por LO 8/98, de 2 de diciembre), en su artículo 8.6, considera falta grave: «*Usar las armas en acto de servicio o fuera de él con infracción de las normas que regulan su empleo.*»

2. Resolución 690 del Consejo de Europa, de 8 de mayo de 1979. B. Estatuto. Punto 3: «El funcionario de policía *debe recibir un formación general y profesional profunda antes y durante su servicio*, así como una enseñanza apropiada en materia de problemas sociales, de libertades públicas, de derechos humanos, principalmente en lo que concierne al Convenio Europeo de Derechos Humanos».

Son esclarecedores los textos de esta resolución. Así los de sus artículos 12 y 13.

Cargado de razón he afirmado la existencia de una normativa internacional precisa sobre el uso de las armas por los miembros de los cuerpos policiales. Estaba pensando en los «Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley»³ y en el que fue muy comentado en su tiempo, aunque a todas luces su contribución docente es menor, el llamado «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley».⁴

Todos estos preceptos tienden a garantizar, con su observancia, el respeto al derecho a la vida de un ciudadano ante una supuesta transgresión legal en la que intervenga un funcionario policial armado, pues en dicha situación es evidente que la multiplicidad de factores (objetivos y subjetivos) que se conjugan ponen en riesgo de menoscabo o pérdida de este derecho, el más esencial de todos, para conseguir que en todo caso la conducta policial, sea ésta de cualquier especie (repre-

Dice el primero: «En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de Policía debe actuar con la decisión necesaria sin recurrir nunca a la fuerza, *más allá de lo razonable, para llevar a cabo un cometido exigido o autorizado por la ley.*» Este precepto nos obliga a plantearnos, como mínimo dos cuestiones, una pregunta y un aserto. Por lo que se refiere a la primera, ¿qué se entiende por razonable? Y respecto del segundo: el ámbito de actuación válido para el uso del arma se corresponde con el propio en el que se ejercen las funciones que nos demanda la ley. Y aquí no cabe enmascarar la actuación para dar cobertura a intereses particulares o difícilmente conciliables con la limpieza de intenciones que «lo autorizado por la ley» requiere.

El artículo 13 dice así: «Es necesario dar a los funcionarios de Policía *instrucciones claras y precisas* sobre la forma y circunstancias que deben hacer uso de sus armas.» Esto se decía por el Consejo de Europa en 1979, la realidad española nos persuade no sólo de su incumplimiento, sino de su abandono y desinterés.

3. Esta norma resulta emanada del octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que tuvo lugar en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. De los epígrafes más significativos, entresacamos los siguientes.

Disposiciones Generales

5. «Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objeto legítimo que se persiga.
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana.»

Disposiciones Especiales

11. «Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que :

- a) «Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarán autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizadas.
- b) «Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que se disminuya el riesgo de daños innecesarios.»
- c) «Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado.»
- d) «Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado.
- e) «Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego...»

4. Resolución 34/169, de 17 de diciembre de Naciones Unidas, cuyo artículo 3 dice así:

«Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que lo requiera el desempeño de sus tareas.»

sión violenta, empleo de la coacción física, reducción por la fuerza, aprehensión o prendimiento, uso del arma de fuego o cualquier otra actuación propia del cumplimiento del deber de índole violenta) se atempere a unas exigencias en todo caso inexcusables.

El derecho a la vida y la integridad física es bien conocido de todo profesional. Se garantiza en nuestra Constitución (art. 15); pero la norma que previene con mejor diagnóstico los peligros que para ambos derechos pueden provenir como consecuencia del empleo de la fuerza en la aplicación de la ley es el artículo 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).⁵ Y es del siguiente tenor literal:

Artículo 2:

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena...
2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
 - a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal.
 - b) Para efectuar una *detención legal* o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente.
 - c) Para reprimir, de conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección.

El propósito de este breve excurso en torno al caso propuesto para su examen, es situar al lector en el marco normativo en el que se substanciarán los hechos y argumentos que estudiaremos a continuación; y ver, de paso: qué normas, qué conceptos, qué términos son de uso preceptivo para valorar el empleo del uso de las armas; y desde luego, hacer patente con insistencia la denuncia de la escasez de doctrina legal y reglamentaria disponible en España.

Y como apoyo de lo que se afirma no encontrará el lector otra respuesta a sus nobles inquietudes *ni más instrucciones claras y precisas* que las consabidas del artículo 5, apartados c) y d) de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad.⁶

Naturalmente, que de la lectura de estos dos apartados, de no poseer un sentido común privilegiado (poco común) o una sólida formación profesional no es

5. Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

6. Principios básicos de actuación. Artículo 5.2. Relaciones con la comunidad. Singulamente:

«c) 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.»

«d) 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.»

fácil llegar a despejar todas las incógnitas que su redacción encierra. Y así, por qué no preguntarse por el significado y alcance de: *congruencia, oportunidad y proporcionalidad*⁷ en la utilización del empleo de la fuerza en general, de la que el uso del arma de fuego es un medio más, el que comporta mayor peligrosidad, sin duda. Igualmente, continuando la lectura del apartado d), poder contestarse con acierto a un catálogo de supuestos típicos en los que se ponga en grave riesgo la seguridad ciudadana para que de esta forma se legitime el empleo del arma, y desde luego, con respeto a los criterios de uso ya citados a los que se remite («...de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior»).

No obstante, el panorama sobre el conocimiento de la índole de supuestos de hecho habilitantes [(artículo 5.2.d)] que puedan verse amparados y los principios o criterios [(artículo 5.2.c)] que deben observarse para su legal empleo, se ha despejado considerablemente. Son múltiples y variados los factores que han contribuido a ello.

En primer lugar, los años transcurridos desde que fue promulgada la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad nos ha permitido manejar su continua cita y estudio en los centros policiales de enseñanza (selección, formación y perfeccionamiento o especialización).

Cabe señalar, en segundo término, la divulgación de la abundante jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia a los que les ha tocado conocer y fallar numerosos casos (sobre todo, en los años ochenta)⁸ durante los cuales se ha revelado la dificultad que entraña la asimilación del respeto a los derechos fundamentales y la de los valores democráticos para entender cuál es el cumplimiento del deber que la sociedad actual nos demanda.

Por último, la dedicación que prestigiosos juristas⁹ y la de modestos investigadores que han publicado sus trabajos en revistas jurídicas y en las profesionales¹⁰ buscando, con un lenguaje directo y la narración atractiva llegar a interesar a aquéllos que más lo precisaban.

7. *Extraídos para la Ley —en mi opinión— de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª (de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de enero de 1982. Que ni siquiera se corresponden con los términos al uso empleados en la Sala 2.ª, de lo Penal, del mismo tribunal, que por aquel entonces, siguiendo, probablemente a D. Juan Córdoba Roda, distinguían: necesidad en abstracto y en concreto, idoneidad y proporcionalidad.*

Un ejemplo palmario del estudio de estos requisitos siguiendo la doctrina dominante citada nos lo ofrece una temprana y magnífica sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1980, de la que es ponente el Magistrado, Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, con motivo de estudiar la exclusión de la antijuridicidad alegada por la defensa en atención a la concurrencia de la eximente de «obrar en el ejercicio del cargo», del artículo (entonces vigente) 8. 11 del Código Penal de 1973.

8. Mi preocupación por este grave problema profesional surge de algunos casos extraordinariamente graves y que inevitablemente tienen que ver con la transformación del régimen estatutario de la Guardia Civil en los años inmediatos a la aprobación de una Constitución democrática. Sucesos tan lamentables como: el Caso Trebujena (Sevilla), en 1982; Caso Valmojado (Toledo), en 1983; el de la discoteca «Gwendolyne», Irún (Guipúzcoa), en 1987; Villaverde (Madrid), en 1988; Sacedón (Guadalajara), en 1989; Villalaba (Madrid), en 1990, Aravaca (Madrid), en 1992 y Barcelona, en 1993. Por destacar los más conocidos.

9. Véase la nota bibliográfica que se ofrece al final de este trabajo

10. Como muestra de la dedicación de este autor, se relacionan los siguientes: «El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas y cuerpos de seguridad». Revista Profesional de la Guardia Civil, n.º 479, marzo de 1984. La ponencia: «El empleo de las armas de fuego. (Relato histórico-jurídico

Además de haber dejado constancia de la atención que el uso de las armas por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad ha merecido, con independencia de las instrucciones jerárquica internas propias de cada cuerpo policial, sabedor y responsable de la creación de riesgo¹¹ que supone mantener (como regla general: *todo tiempo*) a sus respectivos agentes permanentemente armados; a pesar de todo ello —convendrá conmigo, querido lector— en que el esquema de unos supuestos tipo (*grave riesgo de vida, de la seguridad ciudadana*) y la enunciación de unos principios (*congruencia, oportunidad y proporcionalidad*) no bastan ni con mucho para ofrecer instrucciones «claras y sencillas» al policía que las va a precisar llegado el momento.

Y es que, se quiera como se quiera ver las cosas, las iniciativas de los organismos internacionales sobre esta materia no han sido secundadas en España —en detrimento de la formación de sus policías y de una mayor exposición de riesgo para la indemnidad de sus ciudadanos—, pese al tiempo transcurrido desde la Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad.¹²

3. NUESTRO CASO DE ESTUDIO

3.1 Los cimientos: *asistencia letrada cuanto antes*

Recuerdo muy bien como llegó todo a mi conocimiento. Participaba, por estas fechas de invierno (finales de enero), pero de 1989, junto con otros compañeros, en un curso de policía judicial que se realizaba en la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Complutense, de Madrid

Por esta razón me encontraba en el patio del edificio de mi Dirección General y esperaba en el lugar acostumbrado al resto del grupo para trasladarnos y acudir a la primera sesión de la mañana. En mis manos, ojeaba el periódico que para mí,

de un guardia civil)» presentada en el IX Seminario «Duque de Ahumada», mayo 1997, publicada por la Secretaría General Técnica de Ministerio del Interior, en el volumen «El mandato constitucional de las Fuerzas y cuerpos de seguridad». Madrid, 1998. «El principio de proporcionalidad y el uso de la fuerza», publicado en Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública n.º XXI, año 1999, 2.ª época. «Tres muertes en el Peñón. El «éxito de la operación Flavius». Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de septiembre de 1995 (*Caso McCann y otros contra el Reino Unido*). Trabajo publicado en la Revista Jurídica LA LEY, el 22 y 23 de marzo de 2000, y que resultó finalista en el «Premio LA LEY», en su XIV edición (1999).

11. La doctrina de «creación de riesgo» basada en el principio de derecho natural *ius commoda, cuius incomoda*, o bien *cuius commoda eius demmus* (el mismo sujeto que se beneficia soportará sus perjuicios) ha tenido acogida firme en la jurisprudencia, responsabilizando a la Administración de las extralimitaciones en lo funcional debidas a torpezas o demasías de sus funcionarios (en nuestro caso miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, incluso en actuaciones «fuera de servicio.») (STS Sala 2.ª, de 21 de octubre de 1976 (RA 4003); STS Sala 2.ª de 11 de diciembre de 1984 (RA 6263); STS Sala 2.ª de 14 de octubre de 1991; STS Sala 5.ª (Cont-Adm) del 27 de mayo de 1987; STS Sala 4.ª (Cont-Adm), 20 de mayo de 1986 (RA 3264); STS Sala 4.ª (Cont-Adm) de 25 de abril de 1986 (RA 2964) entre otras).

12. Un análisis más detallado de esta crítica en mi trabajo «El empleo de armas de fuego», op. cit. ver epígrafe 3). El componente jurídico-profesional (conocer las reglas).

como para tantos otros, era una herramienta de trabajo y ¡zas!, por desgracia, allí estaba —en página par, para mayor atención— la tan temida noticia, que se repetía con preocupante insistencia:¹³

«La Guardia Civil mata a un joven en el interior de una gasolinera de Segovia» (*titular*).

Sé que el tratamiento periodístico encontrará más de una explicación para justificar que el titular era rigurosamente correcto; pero uno, sin necesidad de sentirse directamente afectado por su pertenencia al «cuerpo homicida», no deja de sobresaltarse ante este tipo de entradas de una noticia.¹⁴

En efecto, de lo que no parecía haber duda es que un disparo de un guardia civil había ocasionado la muerte a un joven delincuente, que según la propia noticia, estaba robando y fue sorprendido en flagrante delito.

Me separé del grupo y fui en busca de un teléfono de un despacho (los celulares aún no nos habían invadido), para comunicarme con el teniente coronel jefe de la Comandancia de Segovia. Eran las ocho y media de la mañana y había que nombrarle un abogado que se ocupase de su asistencia letrada ante la inmediata toma de declaración judicial. Había aprendido de los abogados ejercientes la importancia de que el inculcado estuviese bien asesorado desde el principio y conocía lo suficiente bien el perfil de mi guardia civil, todavía anónimo. Conocería, aplicaría y respetaría sin dudar los derechos del detenido o acusado, pero le resultaría inimaginable que este fuera su caso. Para empezar, era poco probable que se viera privado de libertad. Y le resultaría ajeno que el juez le considerase inculcado. No estaba habituado a sentirse mas que como un colaborador de la justicia —esa era su profesión.

Y su obligación, la habitual: la de testificar, decir toda la verdad y nada más que la verdad de lo que supiera o hubiera presenciado. No se hubiera planteado con toda su crudeza que primero tenía que atender a sus propios intereses y pudiera, sin reparar en ello, que en algún momento proporcionara la base de su propia incriminación. Desde luego, él no se sentiría responsable de aquella muerte, eso debía estar claro para cualquiera, sin exceptuar siquiera al juez de instrucción. ¿Abogado? ¿Para qué?

Es lo que se llama una deformación profesional.

13. En el año de referencia (1989) se abrieron ciento diez procedimientos judiciales a guardias civiles por uso del arma reglamentaria en el servicio y treinta casos por uso de la misma fuera de él.

14. Si se consulta el libro de estilo del diario «El PAIS» al que se refiere la noticia, se comprende que *la entrada* (2.28, pág. 27, edición de 1990) «deberá escribirse en un solo párrafo, sin puntos y aparte» y que «ha de ser lo suficientemente completa y autónoma como para que el lector conozca lo fundamental de la noticia sólo con leer el primer párrafo.» (2.32). Realmente, ¿es así?

Ya se entiende que no es más que una sinécdoque, figura retórica de significado, un tropo en su variedad cuantitativa, en la que se toma el todo por la parte, el grupo por la individualidad (*la Guardia Civil mata*); pero si se tienen en cuenta las múltiples noticias del mismo estilo para imputar la autoría de algún desatino a la Guardia Civil, denota un regusto menos retórico y más prosaico.

3.2 Relato de los hechos¹⁵

En la madrugada del 24 al 25 de enero de 1989, la pareja de servicio compuesta por el guardia civil A, de cuarenta y siete años de edad, con destino en el Puesto de la capital (Segovia) en calidad de jefe de la misma, en unión del guardia civil auxiliar B, tenían asignado en la correspondiente orden de servicio, la vigilancia de la demarcación territorial propia.

Provistos de un vehículo oficial, marca Renault 4-L, matrícula PGC-6170-S, al llegar sobre las tres de esa madrugada a la estación de servicio de gasolina, denominada «El Mirador», situada en el término municipal de La Lastrilla, cerrada al público y sin más iluminación que la de los tubos fluorescentes de los surtidores del combustible, observaron desde el vehículo que la reja de una de las ventanas de la edificación destinada a oficina y almacén se encontraba forzada y el cristal de su correspondiente ventana, fracturado, por lo que, después de estacionar el automóvil, y apagar sus luces, descienden del mismo, con la finalidad de practicar una inspección en el edificio.

Portando sendas linternas que proyectaban un haz de luz no muy intenso, observan al aproximarse a la ventana que por la parte interior de la misma y sobre una mesa próxima, se encuentra la funda de una escopeta, que asoma un poco por fuera de la reja.

Visto lo cual, mientras el guardia auxiliar B se aposta junto a la ventana, el guardia A se desplaza, pegado a la pared de la fachada, pasa delante de la puerta de entrada al inmueble —como el resto de los huecos formado por un panel de cristal y barrotes metálicos—, observa que dicha puerta presenta signos evidentes de haberla tratado de forzar y se detiene en un estrecho lienzo de pared de 30 centímetros, antes de llegar a la ventana del otro lado con idéntica protección.

Encontrándose en esta posición, el guardia A oye ruido, como de persona que se estuviera moviendo en el interior del local, por lo que encarga a su compañero que se comunique a través del radioteléfono del vehículo oficial con el Puesto y pida refuerzos.

Acto seguido, grita varias veces «¡Alto a la Guardia Civil!» sin recibir contestación alguna, por lo que saca su pistola reglamentaria marca Star, modelo BM, calibre nueve milímetros, *parabellum* y alumbra el interior del local con la escasa luz de la linterna, viendo la sombra de una persona que se mueve y lleva en las manos lo que a él le pareció una escopeta de caza, por lo que, sintiéndose en grave peligro de su vida, y con la intención de neutralizar a la persona que le apuntaba con la escopeta, efectúa dos disparos al interior del local, a una distancia entre la boca de fuego del arma y el cristal de la ventana de unos treinta a cincuenta centímetros; y dirigidos hacia el suelo del local, para, a continuación, iniciar un retroceso inclinado a su izquierda, y efectuar dos nuevos disparos con la pistola. Estos últi-

15. Esta narración se ajusta casi literalmente a la de los hechos probados de la sentencia n.º 20 de la Audiencia Provincial de Segovia, de 16 de febrero de 1990, sumario 3/89, del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Segovia.

mos, casi horizontales y a una distancia no superior a nueve metros, que fueron a dar en el mismo lienzo de pared en el que había estado colocado con anterioridad.

En esta situación, unos diez minutos después, una vez llegados los refuerzos solicitados e informado el sargento comandante de Puesto, presente en lugar, y provisto de las llaves por el propietario de las oficinas, penetra en el interior del edificio y observa que delante de la puerta de entrada al local se encontraba el cuerpo de un hombre inconsciente y sin signos externos de lesiones, el cual tenía en su mano derecha un desmontable para ruedas de camión, de sección circular y con diámetro aproximado de unos dos centímetros.

El cuerpo es trasladado inmediatamente al Hospital General, en el que ingresó cadáver, resultando ser F, de veintisiete años de edad, soltero, delincuente habitual, con numerosos antecedentes por delitos contra la propiedad, el cual presentaba herida por arma de fuego de proyectil único, dirigido de arriba abajo, de detrás hacia delante y de izquierda a derecha, que penetró a nivel de la octava costilla, en la línea media axilar izquierda y a seis centímetros por debajo de la horizontal intermamaria, atravesando piel, cavidad torácica, diafragma, bazo, mesos, yeyuno, peritoneo parietal, aorta abdominal, hueso ilíaco, musculatura glútea y tejido hipodérmico, sin salida al exterior y siendo la causa inmediata de su muerte hemoperitoneo masivo con *shock* hemorrágico y síndrome anémico agudo y posterior parada cardiorrespiratoria.

En la inspección practicada por la Guardia Civil en las diligencias instruidas con ocasión de los hechos, apareció en el interior de la funda que estaba junto a la ventana, desmontada, la escopeta marca Colibrí, calibre doce, propiedad de P, y en la diligencia de reconstitución de los hechos practicada por el Instructor, se comprobó que una persona que portara el desmontable hallado junto al cuerpo de la víctima en la forma en que se empuña un arma larga con las dos manos, vista desde el exterior del edificio, con la misma iluminación que había en la noche de autos e iluminado el interior con la misma linterna que portaba el guardia A, se ofrece al observador como si la barra metálica fuera el cañón de una escopeta.

3.3 Análisis de la actuación policial

Parece muy conveniente que del relato precedente hagamos un resumen con los aspectos mas destacados desde el punto de vista de nuestro estudio y que enumeramos en el siguiente esquema.

3.3.1 Esquema y consideraciones previas

- a) Fuerza actuante: *una pareja de guardias civiles en servicio de vigilancia*
- b) Lugar y hora: *estación de servicio cerrada al público, edificio aislado de oficina-almacén, en la madrugada*
- c) Posiciones:
 - *el guardia A, próximo a la ventana forzada sobre un lienzo de pared de 30 cm*
 - *el guardia auxiliar B, mas alejado, próximo al vehículo*

- d) Circunstancias de la inspección para el guardia A:
- *iluminación ambiental deficiente y haz de luz de linternas*
 - *signos de forzamiento en rejas, puerta y cristal de ventana roto*
 - *funda de escopeta visible en una mesa interior*
 - *ruidos en el interior*
- e) Actuación policial:
- *el guardia A ordena a B informar de la situación y petición de refuerzos*
 - *voces conminatorias de «Alto a la Guardia Civil»*
 - *extrae su pistola reglamentaria y alumbra el interior con su linterna*
 - *ve a una persona que se mueve en el interior portando lo que le parece una escopeta*
 - *el guardia A cree que su vida corre peligro y efectúa dos disparos hacia el suelo del local*
 - *retrocede y realiza dos disparos más con trayectoria horizontal.*
- f) Inspección ocular, una vez personados los refuerzos (diez minutos más tarde):
- *presencia de una persona inmóvil, sin apariencia de lesiones*
 - *cerca de la mano derecha se encuentra un desmontable (barra metálica) de ruedas de camión*
 - *una escopeta desmontada, introducida en su funda sobre una mesa*

Cuando se trata —como ahora, nosotros— de abordar con todo rigor una actuación policial en general, y en particular, una que entraña máxima dificultad como puede colegirse de aquellas en cuya intervención ha tenido lugar el uso del arma de fuego, resulta muy acertado adoptar una posición realista. Quiere decirse, que a fin de valorar de la forma mas ponderada el conjunto de acciones, la toma secuencial de decisiones y su adecuación o no a la ley o los reglamentos, es preciso —en mi opinión— tener en cuenta los elementos de juicio *disponibles en cada momento*.

Se previene, por tanto, especialmente en contra, del acostumbrado parecer de quien de forma inconsciente se anticipa al resultado valiéndose de datos no conocidos o no probables o, en definitiva dejarse llevar por la facilidad de un juicio crítico *a posteriori*. Una vez conocido, como nos resulta ahora, todo lo que se narra en los hechos.

Por otro lado, otra actitud contra la que se advierte por su frecuencia, es aquella que está influida por las reacciones típicas de protagonistas de la novela o del cine a la hora de buscar una medida, un patrón, un módulo de actuación ejemplar. No es tan obvio como pueda parecer. La habitualidad con que se nos presentan reacciones humanas estereotipadas ante estímulos poderosos y de alto riesgo acaban por enturbiar los límites entre la realidad y la ficción.

En consecuencia, después de estas consideraciones generales, tengamos en cuenta dos premisas. La primera es que, si queremos ser justos, sólo nos es válido para valorar lo que era conocido para el guardia civil A, en el momento en que se produjo el acto. Hay que tomar para ello como actitud válida la representación subjetiva, aquello que, dadas las circunstancias concurrentes resulta incontestable o lógico que suceda de acuerdo con las reglas de la experiencia. No se considerarán, por tanto, hipótesis fuera de los hechos probados.

La segunda, atañe a la entidad propia del guardia civil A. Es un profesional en funciones de seguridad ciudadana, tiene a la sazón cuarenta y siete años de edad, lleva veinticinco en el cuerpo de la Guardia Civil, no tiene especial preparación, sino que —digamos— cumple los requisitos básicos para ser considerado apto para el ejercicio de su profesión.

Año tras año, día a día, los cuerpos policiales han alcanzado notables progresos en la preparación física, formación básica, perfeccionamiento e instrucción continua de sus componentes. En el especial ámbito que nos concierne, se ha avanzado en cuanto a los conocimientos teóricos sobre los criterios o principios de empleo (a los que ya se ha aludido). Sin embargo, en cuanto a la adquisición de destrezas y control en el uso de las armas, no soy tan optimista. Respecto de la pericia y técnica en el dominio del armamento —estimo— que es mas difícil de constatar notorios progresos.

Hay que retroceder en el tiempo para tomar la postura adecuada al caso.

Otro tanto puede afirmarse de los escasos controles psicológicos de los agentes policiales permanentemente armados. Estas últimas deficiencias no son habituales de ser argumentados en las vistas orales de los procesos penales en España; pero, aunque se tiene presente que la responsabilidad criminal es personal¹⁶ e intransferible, daría pie a un interesante estudio, dado el caso, la constatación de la insuficiencia en cantidad y calidad de las prácticas reglamentarias de tiro y la tolerancia con la falta de aptitud psicológica. ¿Podríamos afirmar con rotundidad que, en todo caso, estas circunstancias de insuficiencia manifiesta de la Administración policial correspondiente, tan sólo afectaría a la indemnización civil?

Estos factores: el formativo, el técnico y el psicológico que componen el arquetipo profesional deben ser calificados de acuerdo con las exigencias básicas que la Administración policial demanda de sus agentes, y en los grados adecuados al caso, sólo así podemos adentrarnos en un recto juicio sobre la responsabilidad penal y reglamentaria del guardia A, autor de los disparos.

3.3.2 *Estudio de las decisiones*

Centrándonos en nuestro caso, se trata de la muerte de un delincuente, sorprendido en flagrante delito de robo. En principio, la represión por la gravedad del delito no justifica la muerte ocasionada; y como toda muerte infligida en funciones de policía judicial supone de suyo, la principal frustración de la propia misión.¹⁷ La

16. LOFCS, art. 5.6. Responsabilidad. «Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que puede corresponder a las administraciones públicas por las mismas.»

17. Artículo 282 LECrim: La Policía tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, *poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.*»

pregunta surge de inmediato: ¿pudo evitarse la muerte del delincuente? o mejor: ¿debió el guardia civil A, obrar de otro modo a como lo hizo? La primera pregunta es un pretexto para provocar la clásica confrontación entre lo que *pudo* hacer para evitar actuar de ese modo; pero el derecho, como positivización de la regla moral, sólo le va a demandar que su actuación sea *conforme a su deber*, a lo que estaba autorizado por la ley. Veamos.

Primera secuencia

Los elementos *iniciales* que arrojan indicios delictivos son:

- inmueble aislado con rejas y ventanas forzadas
- ruidos en el interior de la oficina-almacén que alumbra con su linterna, y
- un elemento de riesgo potencial, la presencia de una funda de escopeta.

Primera decisión

- ordena al auxiliar que informe de la situación y pida refuerzos
- saca la pistola reglamentaria
- da voces identificativas

A partir de estos datos señalados como «elementos iniciales» debiera existir en los manuales de los centros docentes de cualquier nivel las instrucciones precisas para la adopción de las medidas correctas e indispensables para cubrir con acierto el desarrollo de las secuencias habituales para resolver estos casos-tipo. Es lo que algunos cuerpos de policía han protocolizado bajo códigos numerados. Así, la patrulla policial, después de identificarse y decir su posición por radioteléfono a la central de operaciones, comunica: «tenemos un 016» (p. ej. para referirse al catálogo reglamentario de robo con fuerza en las cosas), y a partir de ese momento la patrulla policial tiene marcado un estándar de actuaciones y hasta sus variantes según las incidencias más habituales.

No es frecuente o por lo menos no es de mi conocimiento que las actuaciones-tipo de los cuerpos policiales nacionales o autonómicos estén protocolizadas de tal forma que con los elementos de juicio que proporciona una somera inspección ocular se esté en condiciones de aplicar unas respuestas reglamentadas.

Con todo, y no perdiendo de vista que «estamos en 1989», las acciones que el guardia A decide tomar en primer término son de lo más acorde con la situación. La mera observación de suficientes indicios de delito (fracturas, señales de forzamiento en inmueble comercial aislado), la inminencia de su perpetración o carácter de flagrancia y los ruidos en su interior, sin poder determinar el número de personas, junto al dato de que pueden disponer de (como mínimo, de una escopeta) encontrada en el lugar asaltado, le da una idea bastante aproximada de la peligrosidad de los autores, dado su *modus operandi* y a la vista de la funda de escopeta de su disponibilidad para uso inmediato o en ulteriores delitos.

Podemos hacer especial hincapié en estos casos en la importancia de proferir las voces identificativas y conminatorias (¡Alto a la Guardia Civil! ¡Alto, Policía!, etc.). Haciéndolas audibles por su intensidad y repetitivas en su frecuencia (puede haber otras complementarias pasivas: indicativos luminosos del vehículo policial,

logotipos del mismo u otras) porque es evidente que de esta forma se deja constancia del conocimiento de los intimados para que acepten el requerimiento de entregarse a los agentes de la autoridad. Ello presupone ya el conocimiento exigible para configurar el dolo (acción consciente dirigida a un fin punible) en cualquier conducta típica que puedan adoptar subsiguientemente: desobediencia, resistencia, atentado, etc.

Segunda secuencia

Elementos determinantes

- A la luz de la linterna, se muestra una persona que *parece* portar una escopeta
- La posición del guardia A no le ofrece seguridad (lienzo de pared no mayor de 30 cm)
- Riesgo grave e inminente par su vida (procedente de un esperado ataque)

Segunda decisión

- Dos disparos hacia el interior dirigidos al suelo
- Acto seguido, se distancia del lugar (tratando de buscar mejor abrigo)
- En el retroceso, efectúa dos nuevos disparos de trayectoria horizontal (tratando de neutralizar la réplica, al quedar al descubierto)

Los medios que aparecían como indiciarios en la primera secuencia ofrecen al guardia civil A, una confirmación respecto de la presencia de un delincuente sorprendido en flagrante delito y en cuanto a su actitud, una vez advertido de la condición de los agentes policiales, se ve en —ese preciso instante y no en otro posterior— como el resultado de una asociación de ideas: la visión de la funda de escopeta, ya apreciada con anterioridad y la aparición, a luz de su linterna, de una persona que porta lo que inevitable y lógicamente *debe ser* la escopeta presentida.

Sé con certeza que dado este caso y sus circunstancias, tomando una muestra representativa (diez guardias civiles) y sometiéndola a una discusión dirigida o en una psicorepresentación (rol-playing), ofrecerían comportamientos muy diversos en cuanto a las reacciones que pudieran considerarse correctas, pero se trata de hacer un juicio crítico de la presente en cuanto a las normas reglamentarias recibidas.

3.3.3 Valoración de las decisiones

Aquí es donde se ponen de manifiesto nuestras reflexiones anteriores (ap. 2). Volvemos reclamar inevitablemente la exigencia de una norma con carácter legal, de ley formal, orgánica, pues regula injerencias en los derechos fundamentales; es decir la norma fundamental que no puede ser contradicha por otras de rango inferior (reales decretos del Gobierno, órdenes ministeriales del titular de seguridad pública, de instrucciones o circulares de los distintos órganos, dependientes de aquél, con carácter de superior jerárquico y competencia en la materia). Tal como se dice, un marco normativo del rango adecuado, sólo se dispone del ya referido, compuesto por los preceptos de los apartados c) y d) del artículo 5.2, de la LO 2/86, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que fijan los criterios por los que se han

de regir una intervención de esta naturaleza: uso de la fuerza, y en concreto, de las armas de fuego.

a) *En relación con los supuestos legalmente previstos*

De este modo volvemos al estándar ya propuesto y que es como sigue. Supuestos taxativos (solamente) de empleo de las armas (art. 5.2.d):

- *grave riesgo para la vida* o integridad física *del propio agente* o de terceros
- *grave riesgo* de la seguridad ciudadana

De buscar la subsunción de los hechos en alguno de los supuestos precedentes, es claro que encuentra su acomodo en el «grave riesgo para la vida del propio agente». Aunque de inmediato hay que plantear la discusión, de si se trata de un riesgo apreciado objetivamente o subjetivamente.

Es decir, si la valoración que ha de tenerse en cuenta es la de un «tercer observador» imparcial que con los datos resultantes de la intervención policial pueda pronunciarse sobre si la vida del guardia civil A, corría o no peligro; o por el contrario, si dadas todas las circunstancias inmutables (iluminación la que hay, indicios de robo por fracturas, delincuente sorprendido en flagrante delito, presencia de la funda de una escopeta y súbitamente la figura de una persona en el interior empuñando lo que *parece ser* la escopeta), «el guardia civil A» puede llegar al convencimiento racional de que su vida, efectivamente, corre un grave peligro.

Con posterioridad, veremos con todo rigor qué valor le da el Derecho a esta representación subjetiva, que visto con posterioridad resulta ser errónea. Además puede adelantarse, que su consideración no ha sido uniforme en el curso de la doctrina jurisprudencial. Pero, en este preciso momento —ciñéndonos a un puro análisis profesional— podemos convenir sin temor a ser censurados de desviación corporativa que el guardia civil A, honestamente tenía motivos para sentir su vida amenazada gravemente.¹⁸

b) *En relación con los criterios legalmente fijados: congruencia, oportunidad y proporcionalidad*

Sentado esto, hemos de ver si la reacción armada se produjo de acuerdo con los criterios marcados por la Ley. Estos son los de: congruencia, oportunidad y proporcionalidad (art. 5.2.c).

Como ya se dijo, ni el término «congruencia», ni el de «oportunidad» tienen raíces en la doctrina penal. El de «proporcionalidad» pertenece en común a todas las ramas del derecho. Los tres —en la opinión dominante— vinieron del campo del

18. Aunque requiera una justificación mas fundada, baste añadir por el momento que una situación real de legítima defensa tampoco precisa esperar a que el presunto agresor tome la delantera en el ataque, para poder reaccionar después con toda legalidad. La jurisprudencia y la doctrina consideran unánimemente que el ataque ilegítimo ha de ser o presumirse inminente, pero no es preciso que éste tenga lugar para iniciar la defensa.

derecho administrativo alemán y han sido estudiados en España con exhaustividad (vid. bibliografía).

Según los estudios conocidos sobre estos criterios o principios de empleo de la fuerza, y de las armas en particular:

Congruencia

Vale tanto como decir, que el medio empleado: el disparo, en este caso (tanto los primeros, como los segundos) resulta adecuado a la situación. Es idóneo, se diría en expresión mas usada, pues éste aunque de extraordinaria gravedad por sus consecuencias, en el caso del grave riesgo de la vida se encuentra eficaz para su defensa, ya que es el que el Estado le proporciona, y dada la inminencia y gravedad del ataque que *se tiene como cierto* no se dispone de otro para hacerle frente.¹⁹ El medio empleado, diríamos para concluir es adecuado al fin que se persigue, la defensa de la propia vida que va a ser puesta en peligro de forma ilegítima por un delincuente sorprendido en flagrante delito.

La protección del lienzo de pared es insuficiente, no hay otro modo de protegerse, por lo que tanto los primeros disparos, desde esa posición débilmente parapetado como los segundos cuando retrocede dejando su cuerpo totalmente al descubierto tratan de defender su vida

Oportunidad

Tiene su mejor traducción en lenguaje penal en «necesidad». De este criterio y bajo esta denominación nos llegan las primeras y mas acertadas enseñanzas en el panorama nacional de Córdoba Roda.²⁰

El medio violento no será necesario, si existen otras formas de conseguir el mismo fin legítimo que se persigue sin recurrir a otro que no implique este carácter (necesidad en abstracto); y de ser precisa su utilización el disparo tiene sus limitaciones tanto por un *exceso extensivo* o de una extralimitación manifiesta; como por un *exceso intensivo*, cuando siendo necesario (en el mismo caso de protección de la vida) si en algún momento ha habido una prolongación desmesurada en la represión.

Del primer exceso no cabe siquiera su mención, en nuestro caso, pues su consideración se confunde con la congruencia o idoneidad. Ya hemos visto que la necesidad en abstracto de un medio violento (el disparo) era necesario, imprescindible, dada la situación. Pero existiría exceso intensivo, si hubiera existido un cambio en la misma, en relación con la posición o actitud respectiva del delincuente y el guardia civil, que hubiera permitido adoptar una medida menos gravosa. Nos estamos refiriendo a alguna circunstancia que hubiera disminuido o atenuado el riesgo que corriera el guardia civil y que conllevaría una réplica armada

19. «...deberá actuar con la decisión necesaria y sin demora....en la utilización de los medios a su alcance.» (art. 5.2.a), LOFCS).

20. CÓRDOBA RODA, J, en «Las eximentes incompletas en el Código Penal», Oviedo, 1966, pág. 297 y ss. Y el mismo autor con RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en «Comentarios al Código Penal».Vol I. Barcelona 1972, reimpresión de 1976, pág. 366 y ss.

más comedida (disparos sucesivos al aire) o incluso su desistimiento. Pero no hay tal.

Proporcionalidad

Ella es de más fácil comprensión pues su significado gramatical basta, con ligeros matices jurídicos, para hacerla equivalente.

Prescindiendo de otras distinciones más teóricas que prácticas, nos referiremos a la proporcionalidad en sentido estricto. Quiere esto decir, aplicado a nuestro caso, que tratándose de dos bienes enfrentados de igual valor: la vida, en ambos casos (la del delincuente y la del guardia civil), el respeto a la proporcionalidad se centra principalmente en la progresividad o respuesta gradual en toda la intervención armada.

Para ello, citamos por primera vez, que una Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado, de abril de 1983, se ocupaba de este aspecto. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya había abordado por estas fechas —con una magnífica y esclarecedora doctrina del magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal, de fecha 20 de octubre de 1980— sobre la gradación de una respuesta armada.

Así pues, se distinguía en la mencionada sentencia, lo que hoy (al cabo de más de veinte años) nos es familiar entre las fuerzas policiales. En el caso de ser posible²¹ hay que avisar de la presencia de los agentes de la autoridad (voces: ¡Alto a la Guardia Civil) de forma intimatoria para darse a conocer como tales y conminar a la entrega. Y luego, en la escala de la violencia desatada, guardar en todo momento un respuesta gradual, que se cifra en disparos al aire, al suelo, con los mismos fines o si fuera preciso a partes del cuerpo no vitales.

La aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, en concreto su requisito más característico: el de la menor lesividad posible que exige una respuesta gradual y apropiada a cada situación, en nuestro caso se traduce en lo siguiente.

Hemos distinguido con anterioridad dos secuencias en la intervención armada del guardia civil. Y es necesario traerlas a colación de nuevo pues la exigencia de la proporcionalidad difiere en ambas.

c) Particularidad de la proporcionalidad en cada secuencia

Primera secuencia

De acuerdo con los datos que tienen lugar en ese lapso de tiempo, el guardia civil se encuentra con las evidencias de un delito de robo y la posibilidad de que su autor o autores estén presentes. Por tanto, las reglas del uso de las armas tienen como finalidad la detención del infractor. Estamos en el segundo supuesto (vid. 3.3.3 ap. a) de este trabajo) que legitima el uso de las armas el «grave riesgo de la seguri-

21. Se refería la sentencia, en especial, al empleo de las armas para conseguir la detención de un delincuente, es decir, en el caso de concurrir la exigencia de «obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio del cargo». En este caso tenía pleno sentido la progresividad de la actuación violenta.

dad ciudadana», pues se ha conculcado el orden jurídico y el derecho a la propiedad de los ciudadanos.

Esta situación, prevista así en del Derecho administrativo con un carácter de norma habilitante (*ex ante*), como potestad necesariamente reglada de la Administración y sus agentes para intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales, se corresponde en el derecho penal (*ex post*) con los requisitos de la eximente de «obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio del cargo», (art. 20.7 del Código penal vigente, de 1995).

En esta primera secuencia despliega todo su vigor el principio de proporcionalidad en sentido estricto requerido por la ley [(art. 5.2.c) LOFCS]. Su consideración obliga, en razón a que el guardia civil actúa ante las evidencias con la finalidad legal de la detención del infractor, y requiere para su evaluación de tres subprincipios:

- la comparación de los bienes enfrentados
- la obligación de causar la menor lesión posible, y
- la respuesta gradual y apropiada a cada situación.

Los bienes que se enfrentan en este caso son: por un lado, el interés de la sociedad de que se respete el derecho a la propiedad. Es decir, la interrupción de la comisión del delito de robo, con la restitución de lo robado, si es posible y procurar la detención del autor o autores. Y por otro, dado que se trata de suyo, de un hecho violento, se ha producido con fuerza en las cosas y la presencia en el lugar de los hechos de la funda de una escopeta, presagia una detención violenta, se pone con ello en peligro la vida o la integridad física del autor o autores.

La disparidad en la valoración de los bienes (la vida o integridad física del delincuente y el interés jurídico protegido por el delito de robo) el agente de la autoridad debe utilizar sus armas con plena restricción. Limitación que viene determinada por el subprincipio siguiente.

El uso del arma de fuego que en una fase anterior de su examen se ha comportado como congruente (idónea) y oportuna (necesaria), ahora se requiere para cumplir la proporcionalidad que debido a la diferente valoración de los bienes enfrentados por el riesgo de su menoscabo, se use el arma con «la obligación de causar la menor lesión posible».

Es decir, que en el curso de la actuación policial para llevar a cabo la aprehensión física esta regla ha de tenerse permanentemente en cuenta. No se tolerará una lesión innecesaria para reducirle. Y en consecuencia, toda la intervención armada encaminada al prendimiento del autor o autores deberá adaptarse a la resistencia o conducta agresiva que pudiera provenir de los sujetos («respuesta gradual en cada situación»).

Por tal motivo, se cree que si el guardia civil A extrae su arma reglamentaria, se parapeta circunstancialmente en el faldón de la fachada y da las voces identificativas y conminatorias está cumpliendo a la perfección con los dos subprincipios mencionados.

Incluso, podría considerarse que, acto seguido, cuando al iluminar el interior descubre la presencia de una persona empuñando lo que el cree una escopeta —esta

acción que a efectos didácticos se ha incluido en la primera secuencia—, si el guardia civil dirige sus dos primeros disparos hacia el suelo del local (hechos probados) está cumpliendo con el requisito de causar al menor lesión posible al pretender que los disparos sean intimidatorios o de advertencia, cuando —en realidad— la situación ha cambiado extraordinariamente. Pues nos encontramos ya iniciados en la segunda secuencia desde el momento en que se descubre la amenaza inminente.

Segunda secuencia

El supuesto que legitima la actuación del guardia civil ya no es la detención del delincuente sorprendido en flagrante delito; sino que es la del primer supuesto «grave riesgo para su vida». Y en este caso, todas estas cautelas (los disparos intimidatorios) que se han producido en nuestro caso, ya no son exigibles por la ley, ya que se trata ahora de la legítima defensa de la vida, y en tal caso, no es preciso guardar la proporcionalidad²² que en sentido estricto aquí comentamos.

Por tal motivo, los otros dos disparos con trayectoria horizontal mientras el guardia civil retrocede para buscarse mejor protección, ya no tienen por qué salvaguardar una respuesta progresiva, ni tratar de evitar la producción de la menor lesión posible. En suma: no se puede exigir proporcionalidad cuando uno reacciona ante un ataque ilegítimo contra su vida.

22. Este es un punto discutido y discutible. En mi opinión, siguiendo a una prestigiosa doctrina científica, destacando en ella a LUZÓN PEÑA se descarta la exigencia de la proporcionalidad en el caso de que se trate de defender la vida aunque se trate de un agente policial, sin distinción con cualquier otra persona. La profesión comporta evidentemente unos riesgos que se aceptan por el carácter peligroso que pueden revestir determinadas funciones policiales en pro de la seguridad ciudadana; pero no cabe llevar estas exigencias al ámbito de la defensa de la propia vida ante un ataque ilegítimo. Es decir, se concluye que la eximente de legítima defensa es aplicable también a los miembros de las Fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones.

Véase LUZÓN PEÑA D.M. en «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo». Comentarios a la legislación penal, dirigidos por M. COBO DEL ROSAL, tomo V, vol 1.º Madrid, 1985, pág. 256. RODRÍGUEZ DEVESA J.M. Derecho Penal español, Parte General, 14.ª ed. Madrid 1991, pg 563. COBO DEL ROSAL M. Y VIVES ANTÓN T.S. Derecho Penal, Parte General 3.º ed. Valencia 1990, pg 387; CEREZO MIR J. Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción . Teoría Jurídica del Delito 1. 3.º ed. Madrid 1985 pgs 437 y ss; MIR PUIG S. Derecho Penal. Parte General 3.ª ed. Barcelona 1990, pg 468 ss. BACIGALUPO E. Principios de Derecho Penal. Parte General 2.º ed. Madrid 1990, pág., 145 y 149. GÓMEZ BENITEZ J.M. Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal, Parte General. Madrid 1984, pg 349 y 350.

La doctrina del Tribunal Supremo se muestra favorable a la apreciación de la causa de justificación de legítima defensa en favor de los agentes de la autoridad que responden a una agresión ilegítima (SSTS de 4.Dic.1991; 30.Abril. y 10.junio de 1992, entre otras). Se delimita la estimación de esta eximente de la de obrar en el ejercicio de cargo, según que en el supuesto de hecho el agente policial repela una violencia (imperla la legítima defensa) o trate de vencer una resistencia. En este último caso, si el tribunal constata que prevalece la resistencia a un mandato sobre una agresión ilegítima, se pronuncia, en su caso, sobre la eximente de obrar en el ejercicio del cargo. Igualmente el Tribunal Supremo permite el uso de las armas cuando el ataque es grave e inminente a estos bienes de primer orden sin esperar su consecución (STS de 30 de abril de 1992 FJ 3.º). La más reciente de este género encontrada, STS, Sala 2.ª, de 29 de noviembre de 1999, hace distinción entre ambas eximentes, según lo que antecede, y las considera igualmente aplicables a los agentes de la autoridad.

La teoría contraria ha sido sustentada por QUERALT J.J. *Tirar a matar* Cuadernos de Política Criminal, n.º 21, 1983, pág 736 y ss; y este autor con JIMÉNEZ QUINTANA en , «Manual de Policía Judicial». Madrid 1987, pág., 119. SÁNCHEZ GARCÍA M.ª I. En «Ejercicio legítimo del cargo y uso de las armas por la autoridad». Barcelona, 1995, págs., 125-153.

3.4 Aspectos técnico-policiales

Las diligencias policiales, la documentación cumplimentada por la unidad de policía judicial (en este caso por un equipo de investigación y atestados de la Comandancia de Segovia) de todas las actuaciones de investigación penal que, a decir de la muy reciente reforma de la Ley orgánica del poder judicial, por LO 19/2003, de 29 de diciembre, sólo consisten en: «la averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos» [art. 549.1.a)], sigue padeciendo la falta de consideración de formalidad legal debida al inmenso material de medios probatorios que la policía judicial acumula y proporciona para la eficaz instrucción del juez y la sólida acusación del ministerio público.

98

Apenas la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal, por Ley 32/2002, de 24 de octubre, sobre «El procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado», ha podido solventar el reconocimiento y la atribución de competencias *de iure* que en la práctica las unidades de la policía judicial vienen desempeñando. Aunque, forzado por la necesidad, el legislador va revistiendo de formalidad las actuaciones —unas ya inveteradas, otras novedosas— de la policía judicial (vid. art. 770 y 796 LECrim).

Pues bien, aún con la media docena de preceptos que esta Ley procesal dedica a regular la actuación de la Policía Judicial en un sumario (vid. art. 282 y ss), el equipo de la Comandancia de Segovia, al que por competencia territorial le correspondió la instrucción del atestado se puso a trabajar lo suficientemente bien como para dejar constancia de medios de prueba que en manos de la defensa fueron determinantes para llegar a la más acertada calificación jurídica del caso en la sentencia.

Así pues, en esta ocasión no se fue parco en detalles. Se hizo acopio de las preceptivas manifestaciones de la fuerza interviniente, tanto de la pareja actuante como de la compuesta por el comandante de Puesto y el otro guardia civil más que concurren en el lugar y en la primera inspección del lugar de los hechos, descubrimiento y descripción del cadáver, el concurso del propietario de local, cuya manifestación permitió conocer que la escopeta había sido extraída de su lugar habitual de custodia: un armario interior, convenientemente fracturado, del que, asimismo, se había obtenido cierta cantidad de dinero, dispuesto para llevar sobre una mesa.

La inspección ocular vino a aportar que una caja de seguridad empotrada en uno de los muros del edificio se encontraba forzada sin conseguir su total apertura. La reseña fotográfica de la posición de la persona fallecida hallada en su interior, medidas y dimensiones, croquis, levantamiento de planos a escala del edificio en general (vid. fig.1), detalles de las ventanas, puertas, con sus respectivos signos de forzamiento, fracturas, etc. Así como fotos de precisión de la situación de los casquillos, de los impactos de los proyectiles. En este último aspecto destaca el informe de balística realizado sobre las trayectorias de los disparos producidos (vid. fig.2), y que fue la siguiente.

El primer disparo de la primera secuencia se produjo a unos 30 o 35 centímetros de distancia entre la boca de fuego del arma y el cristal de la ventana, con una

Figura 1. Plano de la planta del local de los hechos

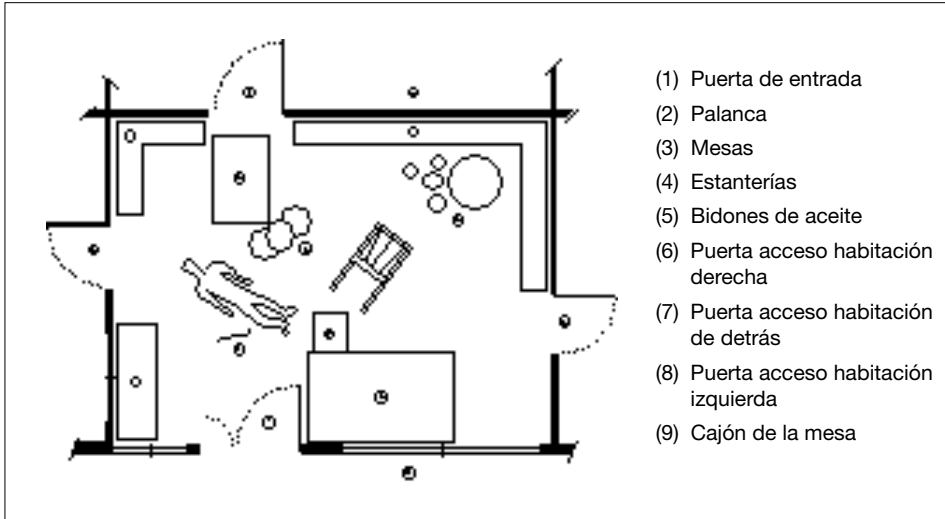
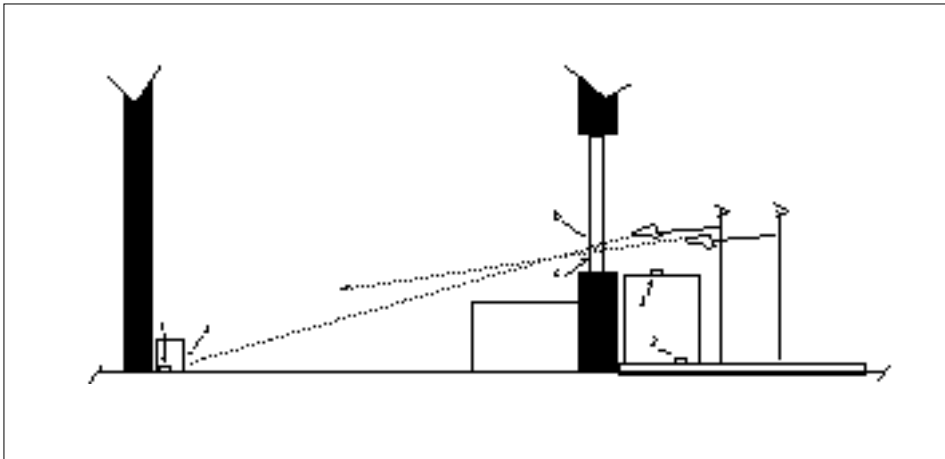


Figura 2. Trayectorias de los tiros (primera secuencia)



trayectoria inclinada hacia abajo, hacia el suelo de la habitación. El proyectil quedó alojado en el interior de una lata de aceite situada en el suelo del local.

El segundo disparo de esta secuencia fue realizado a una distancia de un metro aproximadamente del cristal de la ventana y a una altura de 1,17 m sobre el nivel del suelo del local y, con una trayectoria también inclinada, descendente no tan acusada como la del primer disparo. Ambas trayectorias son inferiores a 90.º sobre el plano de la ventana.

Este informe es perfectamente compatible con el de la autopsia que realizó el médico forense. La víctima tenía una estatura de 1,60 m de altura y era de com-

plexión atlética. El orificio de entrada del proyectil (evidentemente, el segundo de los disparados en esta secuencia) está situado a 14 cm del fondo del hueco axilar izquierdo, en el costado de este lado, y sigue una trayectoria descendente en diagonal (45.º) hasta quedar alojado, sin orificio de salida, en el glúteo derecho.

Todo esto hace sugerir al forense que la postura de la víctima, respecto del autor del disparo, es que debiera estar agachado, dado que el guardia que efectuó los disparos se encontraba de pie o en plano superior. De esta forma, un disparo efectuado hacia el suelo con intención de intimidar puede y pudo causar la muerte del delincuente.

En nuestros días, veintitantos años mas tarde la inspección ocular y el acta de constancia de los hechos ha experimentado una actualización legal, pero muy recientemente, en consonancia con los tiempos. Yendo por detrás —una vez más— el derecho positivo, procesal en este caso, no ha hecho mas que acoger en la ley²³ los procedimientos habituales de mayor garantía que la policía judicial ha venido perfeccionando en estos casos.

Hay que alabar que en este caso tales aciertos y minuciosidad fueron precisos para una verosímil reconstrucción de los hechos verificada por la comisión judicial, el ministerio público y las partes personadas a las que en tal día y hora me añadí de rondón.

3.5 Análisis jurídico de la actuación

El estudio que hemos realizado al analizar los aspectos profesionales tiene como base las normas (las escasas normas) que la Administración policial proporciona para el uso correcto de la fuerza, de las armas y del arma de fuego, en este caso. También se ha podido comprobar que gravitando los supuestos y los criterios que habilitan su empleo sobre conceptos jurídicos indeterminados, la interpretación sobre si se actúa o no con la cobertura jurídica necesaria no es fácil.

Una vez ocurridos los hechos, hay que fijar cuáles de los manifestados, reconstruidos y documentados son los que se consideran objetivamente válidos y que conforman la conducta que se va a someter a un juicio crítico para determinar qué valoración pueden tener en el ámbito propio —la muerte de una persona— es decir, en el derecho penal.

Esta es la tarea del Tribunal que la juzgó, y para ello, la principal función que

23. Constituye una verdadera innovación en el curso de la investigación de los delitos el reconocimiento legal de medios o soportes de prueba de uso habitual y admitidos por la jurisprudencia si gozan de las garantías necesarias. Así se dice en la regla 2.ª del artículo 770 de la LECrim (modificado por la Ley 32/2002, de 24 de octubre): «Acompañará al acta de constancia (de los hechos) fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba.»

Cuya dicción salva las distancias con el tenor literal del todavía vigente artículo 327, pues se refiere al sumario y no al procedimiento abreviado que es el que ha modificado la Ley 32/02. Dice así este artículo: «Cuando fuere conveniente para mayor claridad o comprobación de los hechos, se levantará el plano del lugar suficientemente detallado, o se hará entrega del retrato de las personas que hubiesen sido objeto de delito, o la copia o diseño gráfico de los efectos o instrumentos del mismo que se hubiesen hallado.»

debió llevar a cabo fue establecer qué calificación jurídica merecen tales hechos. Si son delictivos; es decir, si tienen un resultado típico (la muerte intencionada de una persona, prevista en el Código penal, en su artículo 138, en el vigente), si a pesar de ello la acción que los causó estaba o no legitimada por alguna causa legal que la justificara (art. 20, actual) y, además, en tercer lugar, si el autor es responsable de la acción (culpabilidad). Para lo cual, en este caso, nos interesa saber sobre todo si aún pudiéndose afirmar que el disparo que le causó la muerte fuese con intención intimidatoria, no homicida, dadas las circunstancias concurrentes, puede el Derecho exigirle la posibilidad de una representación distinta a la que padeció (de riesgo grave para su vida por una agresión inminente).

Por tanto, partimos de que —como dice el Tribunal en su sentencia— existiera no un dolo directo, que es tanto como decir que el guardia civil A no tenía intención de matar con el disparo que le mató, dirigido al suelo, pero

...al disparar sin saber exactamente la posición en que se encontraba el sujeto, a quien pretendía neutralizar, tuvo que representarse necesariamente la posibilidad de que el disparo alcanzara a ese individuo...y por ello, al hacerlo en esas condiciones aceptó el resultado que pudiera producirse, lo que entra en el *dolo eventual*.
(*fundamento de derecho primero*)

Pero, se necesita además para que el autor de los disparos sea plenamente responsable de la muerte, que esta comisión dolosa, el hecho de disparar teniendo conocimiento de que siquiera de forma probable pudiera herir o matar, este conocimiento —elemento cognitivo esencial del dolo— no estuviera viciado por la creencia de encontrarse en una situación de legítima defensa.

Es lo que la doctrina científica de la teoría del delito llama *error de prohibición* o error —en este caso— sobre una causa de justificación: la legítima defensa. Y, distinguiendo entre el error que, en general, puede padecerse sobre el obrar lícitamente (art. 14.3 CP vigente), se trata en concreto del llamado *error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación*.

En efecto, el error que sufre el guardia civil A, proviene del resultado de una serie de circunstancias concurrentes (presupuestos de hecho) como son: el haber sorprendido a una persona en la comisión flagrante de un delito que supone fuerza en las cosas, la posible disponibilidad de una escopeta a partir de la presencia de su funda, la no obtención de respuesta a las voces conminatorias y el desencadenante que concluye este proceso lógico deductivo, que al apreciar que el delincuente así sorprendido se encuentra en el interior de local empuñando algo semejante al cañón de una escopeta, la consecuencia inmediata sería el atentado. El error versa sobre el primer requisito (la agresión ilegítima) que exige el Código penal para la apreciación de legítima defensa.²⁴

24. Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: (...)

4. «El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos siempre que concurren los requisitos siguientes:

La situación exculpatoria por error sobre la exigente de legítima defensa se describe por el Tribunal de la siguiente forma:

... en cualquier caso, constituye para este Tribunal un hecho penalmente típico y antijurídico, aunque no culpable. En efecto, el error sobre la concurrencia de una causa de justificación o error de prohibición indirecto puede darse en tres supuestos:

1. Que el autor suponga erróneamente la existencia de una causa de justificación no admitida por el derecho (error sobre la existencia);
2. Que crea erróneamente estar actuando dentro de los límites de una causa de justificación efectivamente reconocida por el derecho y concurrente, por no conocer dichos límites (error sobre los límites); y
3. *Que es el que concurre en el caso actual*, que conociendo la causa y sus requisitos, crea que se dan estos, cuando realmente faltan (eximente putativa o error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (*fundamento de derecho cuarto*)).

Se trata, por tanto, no de justificar la muerte producida por una eliminación de la antijuridicidad; es decir, porque el guardia civil hubiera actuado ante una agresión ilegítima real, puesto que ésta no se produjo en ningún momento; sino de que en un momento posterior del análisis de los elementos esenciales del delito, en sede de la culpabilidad, tiene cabida exculpatoria la creencia errónea sobre la inminencia de la agresión, de tal suerte y con tal fuerza de convicción que hace nacer el *animus defendendi*, en el sujeto que considera en grave riesgo su vida.

Esta creencia errónea que hace surgir el ánimo de legítima defensa no puede valorarse desde la esfera meramente subjetiva del que falsamente se defiende (lo que podría dar lugar a una «licencia para matar»), sino que es preciso — como así lo ha hecho el Tribunal— que en razón al concurso de presupuestos objetivos²⁵ debidamente valorados y retrotraídos al momento de la decisión de los disparos en que el juicio de culpabilidad debe, para ser honesto, colocarse mentalmente en la situación personal del autor.

Esta causa de falta de culpabilidad (legítima defensa putativa o imaginaria) no siempre ha tenido por la jurisprudencia el mismo valor. Rodríguez Mourullo²⁶ nos

Primero. Agresión ilegítima.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

25. La sentencia 1364/1999, del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 5 de octubre, expone con claridad este aspecto, diciendo lo siguiente: «En el presente caso el acusado, que alegó haber obrado en la errónea creencia de que era objeto de una agresión ilegítima, no pudo contar con datos que objetivamente pudieran haberle llevado a esa subjetiva creencia...» (F.J. Primero).

26. Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en «Legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo». Madrid, 1976, págs 75 y ss. En igual sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. «Tratado de Derecho penal» Tomo VI (La culpabilidad y su exclusión) 3.ª edición. Buenos Aires, 1962. MAGALDI M.ª J., en «La legítima defensa en la jurisprudencia española». Barcelona, 1976, págs.133 y 239. GÓMEZ BENÍTEZ J.M. , en «Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general.» Madrid, 1984, págs. 310-313.

explica con acierto y claridad que nuestro Tribunal Supremo, con las sentencias de su Sala 2.^a, de 2 de enero de 1969, de 24 de septiembre de 1970, de 20 de marzo de 1972, 8 de febrero de 1974, etc., fue jalonando el abandono de la consideración de estos casos como de una legítima defensa «en toda regla», pues aún siendo imaginaria, era considerada como *real*, y por tanto, una causa de justificación que eliminaba el dolo.²⁷

No se podía continuar —dice el autor citado— por más tiempo tratando como legítima defensa real la situación defensiva surgida en la mente del supuestamente atacado; es decir, que en todo caso no elimina la antijuridicidad, sino la culpabilidad y siempre que el error que se ha padecido sea de naturaleza invencible. La invencibilidad en este error de prohibición se deriva de la imposibilidad de reprochar a su autor, cuando infringe el derecho (en el momento de efectuar el disparo que ocasionan la muerte del delincuente) de que no se encuentra en situación de conocer lo irreal de su representación.²⁸

El Tribunal que valoró el caso debió responderse sobre si esa imposibilidad en las circunstancias relatadas es común a cualquier otro guardia civil que en idéntica situación hubiera sufrido el mismo error y, sobre todo, prestar la máxima atención a lo inaplazable de la decisión. No había tiempo para informarse mejor, conocer nuevos detalles (mas luz, mas apoyos de fuerza, otra maniobra dilatoria que le ofreciera seguridad, etc.).

En sus propios términos el Tribunal decide lo siguiente.

... por ser inexistente la agresión ilegítima (forma putativa) que creyó apreciar el procesado cuando se vio amenazado por el objeto metálico (desmontable de ruedas de camión, de gran longitud, de sección circular y de unos dos centímetros de diámetro), que él interpretó se trataba de la escopeta de caza, cuya funda había visto momentos antes en la ventana que tenía el cristal fracturado, error de prohibición que le hizo pensar inmediatamente en la existencia de una grave amenaza para su vida, que le permitía actuar jurídicamente en la forma que lo hizo, cuyo error ha de *reputarse invencible*, artículo ... del Código penal, si se tiene en cuenta que el procesado se encontraba solamente protegido por un trozo de pared, de unos treinta cen-

27. Este desplazamiento de la defensa putativa o imaginaria de la antijuridicidad a la culpabilidad encontró su mejor reconocimiento legal con la reforma del Código Penal de 1983 (art. 6 bis. a). Y en la actualidad en el artículo 14.3 del Código Penal de 1995.

Dice así este artículo: «*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*»

Un estudio muy interesante sobre las diversas teorías sobre el error y sus efectos el realizado por JOSHI JUBERT, U., en «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo.» Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fascículo III, 1987.

28. Véase la sentencia más reciente encontrada de esta especie, la 755/2003, de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en la que se argumenta en este sentido: «Con los hechos probados...no es discutible que el acusado obró creyendo...que su defensa era necesaria. Asimismo, el error se produjo en una situación del acusado que debe haberle generado temor e inseguridad, de tal manera que, dada la representación del ataque...no podía exigir que hiciera una verificación mayor que la realizada», (F.J. Segundo).

tímetros, teniendo a ambos flancos huecos de ventana y puerta protegidos solamente por cristales, lo que hacía que por cualquiera de los lados pudiera haberle disparado la persona que se encontraba dentro, si realmente hubiera llevado un arma, que había dado las voces de «Alto» varias veces, sin recibir contestación y que no tenía a su alcance ningún medio para salir del error, dada la escasa iluminación existente en el exterior y la casi nula de la linterna que portaba, por lo que se vio obligado a efectuar esos disparos para proteger su retirada del lugar. (*Fundamento de derecho tercero*)

Estas consideraciones conducen a un fallo del siguiente tenor literal.

104

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos al acusado F.A.S del delito de homicidio del que estaba acusado, al encontrarse exento de responsabilidad penal por la *creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente...*

Aunque a continuación le declara civilmente responsable de la muerte y le condena a abonar como indemnización a los padres de cierta cantidad; declarándose expresamente la responsabilidad subsidiaria del Ministerio del Interior por tratarse de un funcionario público estatal en acto de servicio.

Precisamente, por considerar que los efectos jurídicos de una legítima defensa putativa son la exclusión de la culpabilidad y por ende, de la responsabilidad criminal y no así de la antijuridicidad (el dolo de muerte, siquiera eventual o indirecto al efectuar los disparos hacia el interior donde se encontraba una persona, existe) es por lo que se le condena a una indemnización que se ejecutó sobre un aval que otorgó en su día la Dirección de la Seguridad del Estado y cuya suma total fue substanciada en un expediente de responsabilidad civil, instruido por la Dirección General de la Guardia Civil, según los fundamentos legales, que en el día de hoy, están contenidos en los artículos 145 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificado este capítulo II del título X de esta Ley (responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas) por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE n.º12 de 14 de enero, p. 1752 y 1753).

4. REFLEXIÓN FINAL

Se trata de un caso poco común. Esta exclusión de la culpabilidad por un error invencible requiere situaciones límite en la defensa de la vida propia o de terceros.

La mayoría de los casos que comportan el uso de las armas de fuego tienen como finalidad lograr impedir la comisión de un delito y la de llevar a cabo la eficaz detención de su autor o autores que nos viene exigida por la ley. En estos casos, la gravedad del delito, la violenta oposición del sospechoso (que tratará legítimamente de huir: no está obligado a dejarse detener), sólo amparará nuestra actuación, siempre que se respete una respuesta gradual y adecuada a cada secuencia de una situación dada.

Habrá que distinguir la simple huida de la resistencia y si ésta es pasiva o activa, leve o grave; y si es activa por la intensidad, igualmente su gravedad e inminencia en la constitución de un atentado.

No cabe incurrir en una actuación desproporcionada por un exceso extensivo, cuando había otros medios menos o nada lesivos para conseguir la reducción del renuente, la aprehensión física del fugado o el empleo del arma cuando la imputación del delito que se pretende impedir o reprimir es de carácter leve o la actitud hostil había cesado ya.

No es tolerable igualmente la desproporción por excesos intensivos, usando las armas de fuego con ocasión de la comisión de un delito grave, por la desmesura en la represión (en los disparos: su número, distancia a que se realizaron, cadencia, su localización en las partes del cuerpo de la persona; empleo de armas de fuego ametrallador, calibre especial de la munición, ausencia de disparos de advertencia, etc.).

Incluso resulta muy conveniente, dado el caso, realizar un juicio de probabilidad sobre la confirmación de la identidad del autor, que nos puede ser exigido si hay dudas o escasos datos que habiliten nuestra actuación para evitar el *error in personae*.

Y desde luego, en un caso de error penal sobre la prohibición, para que surta efectos habrá de ser alegado por el que dice haberlo padecido en las circunstancias dadas y probarlo ante el tribunal, que a buen seguro nos recordará nuestra exigible preparación profesional teórico-práctica y verificar la imposibilidad (invencibilidad) o dificultad (vencibilidad) para actuar de otro modo a como se hizo, y si hubiéramos podido evitarlo o salir de esa situación por la oportuna información o reflexión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGIRREAZKUENAGA, I. *La coacción administrativa directa*. Madrid, 1990.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición». *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo V, vol.I. Madrid, 1986, p. 53-89.
- «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición». *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII/XX, 1993, p. 217-235.
- «Problemas de error». *La Ley* n.º 4056, de 12 de junio de 1996.
- BALDÓ LAVILLA, F. «Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda». Barcelona, 1994.
- BARCELONA LLOP, J. «El uso de las armas de fuego por los miembros de las Fuerzas de Seguridad. Una aproximación jurídica». *Revista de la Administración Pública*, núm. 113, 1987.
- «El régimen jurídico de la policía de seguridad». Bilbao, 1988.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. Barcelona, 1984.

- BERRIATÚA SAN SEBASTIÁN, J. «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana». *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 41, 1995.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública». *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 27, 1990.
- «La polémica europea sobre el uso de las armas como forma de coacción administrativa». *Revista de la Administración Pública*, núm. 84, 1977.
- CEREZO MIR, J. «La regulación del error de prohibición en el Código Penal español y su trascendencia en los delitos monetarios». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, 1985, p. 277-284.
- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*. Madrid, 1985.
- «La exigente de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto de 1987.
- «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983». *La Ley*, año IX, núm. 1.919, de 4 de marzo de 1988.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 3a ed. Valencia, 1990.
- CÓRDOBA RODA J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Comentarios al Código Penal». Vol I. Barcelona, 1976.
- CÓRDOBA RODA J. *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Oviedo, 1966.
- *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona, 1962.
- CUERDA RIEZU, A. «Sobre el concurso entre causas de justificación». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II (mayo-agosto), 1990, p. 519-596.
- DEL ROSAL BLASCO, B. «Comentarios al artículo 20.4». En: AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I., p. 133-139. Valencia, 1996.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1984.
- GLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, 1990.
- Huerta tocildo, S. «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980, p. 23-89.
- «Problemática del error sobre presupuestos de hecho de una causa de justificación». *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII / XX, 1993, p. 251-253.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV (*El delito*). 4.ª ed. 1961. Tomo VI (*La culpabilidad y su exclusión*). 3.ª ed. Buenos Aires, 1962.
- JOSHI JUBERT, U. «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, 1987, p. 697-720.
- LESCH, H.H. «Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición». *Poder Judicial*, 3.ª época, núm. 45, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978.
- «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones. Comentario a la

- STS (Sala 2.^a), de 10 de mayo de 1989». *La Ley*, núm. 2.318, 18 de diciembre de 1989.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Sevilla, 1988.
- MAGALDI, M.J. *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Barcelona, 1976.
- MAQUEDA ABREU, M.L. «El error sobre las circunstancias, consideraciones en torno al art. 6 bis a) del CP». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, 1983.
- «Los elementos subjetivos de la justificación». *La Ley*, año V, núm. 935, de 11 de mayo de 1984.
- «El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del T.S. a partir de la reforma del C.P. de 25 de junio de 1983». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 31, 1987.
- MORALES PRATS, F. «Comentarios al artículo 14, p. 100-108. Comentarios al art. 20.7, p.185-192.» En: AA. VV. [dir. GONZALO QUINTERO OLIVARES] *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona, 1996.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed. Barcelona, 1984.
- «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho español». *La Ley*, 1991-1, p. 1.030-1.039.
- «La distinción de error de tipo y error de prohibición». *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIII/XX,1993.
- MUÑOZ CONDE, F. «La creencia errónea de estar obrando lícitamente». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 10, 1986, p. 253-341.
- «Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias». *La Ley*, 199-1, p. 1.040-1.052.
- *Teoría general del delito*. 2.^a ed. Valencia, 1989.
- ¿«Legítima» defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación». *Poder Judicial*, núm. 25, marzo de 1992, p. 33-47.
- OBREGÓN GARCÍA, A. «Las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en el Código Penal de 1995». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.786-1.787, p. 3755-3778.
- PÉREZ DEL VALLE, C. «Inferencia y error». *Cuadernos de Derecho Judicial*. El consentimiento. El error. XVIII/XX. 1993, p. 283-304.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. «Tirar a matar». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21, 1983.
- «Coacción directa y justificación». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983.
- *El policía y la ley*. Barcelona, 1986.
- *Manual de Policía Judicial*. Madrid, 1987.
- QUINTANAR, M. *Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición* (comentario a la sentencia número 860/1993, de 15 de abril de 1993, del Tribunal Supremo), p. 1407-1421.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *La legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo*. Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ GARCÍA, M.I. «La legítima defensa después de la Convención Europea de Derechos Humanos». *Poder Judicial*, núm. 35, septiembre de 1994, p. 299-310.
- *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*. Barcelona, 1995.

- TAMARIT SUMALLA, J.M. «Comentarios al artículo 20.4. p. 156-182» En: AA.VV. [dir. GONZALO QUINTERO OLIVARES] *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona, 1996.
- TORIO LÓPEZ, A. *El error evitable de prohibición en el proyecto de C.P. Instrucciones de política legislativa sobre la Teoría de la culpabilidad. Reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980, p. 249-289.
- VIVES ANTÓN, T. S. «Comentarios al artículo 14, p. 92-96». En: AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia, 1996.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M. «La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas». *La Ley* (T. 1983-2), p. 759-768.
- «Breve reseña de la reciente doctrina del Tribunal Supremo acerca del error de prohibición: la aplicación del artículo 6 bis a) del Código Penal. *Actualidad Penal*, núm. 30, 25-31 de julio de 1988.
- «El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del Proyecto de ley orgánica del Código Penal español de 1980». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981.
- «Otra vez sobre la “Ley de Fugas”». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 14, 1987, 3^{er} cuatrimestre, publicado en 1990.