

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ

Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Pedro, S.A., conductor de un vehículo Seat, el 25 de junio de 1999, incurrió en reiteradas irregularidades en la conducción por las calles de San Sebastián. En un momento determinado de la circulación, sobrepasó un semáforo en fase roja y giró bruscamente, para recorrer la calle en sentido contrario a la circulación normal de los vehículos. Esta maniobra fue observada por agentes de la autoridad, que, en coche oficial, salieron en persecución de Pedro con intención de detener el coche y proceder a la sanción correspondiente. Cuando los agentes se colocaron al nivel del coche de Pedro, éste inmediata e inopinadamente aceleró, distanciándose unos metros. Hubo, en consecuencia, una persecución por distintas calles de la ciudad, hasta que el vehículo policial logró dar alcance, una vez más, al fugado. En este momento, uno de los agentes creyó ver a Pedro portando una escopeta de cañones recortados. Motivado por tal creencia y pensando que su integridad física corría peligro, redujo la velocidad del coche oficial hasta colocarse detrás del vehículo perseguido, en ángulo muerto, aparentemente inalcanzable por un previsible disparo de Pedro. El agente, sacando su arma reglamentaria, efectuó tres disparos hacia la parte trasera del coche. Una de las balas, tras sobrepasar los asientos, penetró en el hemitórax izquierdo de Pedro, ocasionándole lesiones de primera asistencia, tratamiento médico con ingreso hospitalario, e impedimento para sus ocupaciones habituales por 40 días. Inspeccionado el vehículo no se encontró el arma que creyó haber visto el agente. Tampoco consta que se arrojaran objetos, desde el interior del vehículo perseguido, por Pedro.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Existencia o inexistencia de delito doloso o imprudente de lesiones.
2. Clase de delito y tipificación legal. ¿Es obligatorio el artículo 148.1.^a del Código Penal (CP)? La utilización de un arma ¿obliga necesariamente a aplicar el tipo agravado?
3. ¿Qué circunstancias pueden concurrir para atenuar o eximir la responsabilidad criminal?
4. Naturaleza del error cometido.

• **SOLUCIÓN:**

1. La primera cuestión pretende tipificar jurídicamente el hecho cometido, considerando responsable penal al agente por la lesión producida, o irresponsable por falta de dolo. Si bien, en principio, pareciera lógico pensar en la autoría de un delito de lesiones, hay ciertos elementos que inducen a pensar en

la atenuación de la responsabilidad penal, y que serán objeto de desarrollo al solucionar las distintas cuestiones jurídicas que se proponen. La actuación del agente de la autoridad permite pensar, motivado por la creencia errónea de que Pedro era portador de un arma y de que peligraba su integridad física por el uso que de ella pudiera hacer aquél, que su comportamiento pudiera estar amparado por causa o causas de exención de responsabilidad penal. El objetivo es ir determinándolas. Y el objetivo en el presente apartado es razonar por qué se estima que la conducta penal es dolosa, delimitando un delito doloso de lesiones por utilización de armas de los artículos 147 y 148.1.^a del CP. Hay varios criterios jurídicos que se entremezclan y oscurecen el panorama de la solución: la posible predeterminación de un fallo, por incluir la expresión «creyó ver a Pedro portando una escopeta de cañones recortados»; la previsibilidad de la conducta del agente, teniendo en cuenta la pericia que se le supone por su profesión y la práctica; la creencia errónea, que plantea otra duda a resolver si al final su comportamiento es delictivo por dolo, etc.

En consecuencia, puede decirse que hay dolo. ¿Qué tipo de dolo? Un hipotético recurso en caso de condena por delito de lesiones doloso, invocando los artículos 5.º y 10 del CP, no podría prosperar, porque, si bien es cierto que no hay pena sin dolo o imprudencia, o son delitos o faltas «las acciones u omisiones dolosas o imprudentes», no es menos cierto que actuar guiado por la representación de un posible resultado es actuar con dolo eventual. Se puede afirmar que la realización de los disparos se halla en consonancia con la eliminación del peligro supuesto por el agente; pero también con la producción de un riesgo grave de que pasara lo que sucedió. No se actúa sin dolo y sin imprudencia; se actúa con dolo eventual.

2. Admitido el dolo, tenemos que determinar qué delito cometió el agente. Se dará una respuesta rápida a esta cuestión, pues lo esencial del caso es la resolución de las siguientes cuestiones, calificando el hecho como delito de los artículos 147 y 148.1.^a del CP. Aquí, simplemente, planteamos la obligatoriedad o el carácter potestativo del artículo 148.1.^a del CP. Y así se dirá que la utilización de un arma no conlleva la aplicación automática del tipo agravado del artículo 148.1.^a del CP. El criterio definidor de su aplicación o no está, no en el medio utilizado por el resultado producido, sino en el medio utilizado por su objetiva peligrosidad. Se impondrá la pena del tipo agravado porque el arma es objetivamente idónea para generar un peligro mayor. Téngase en cuenta que se puede producir un resultado menos grave con un arma objetivamente adecuada para que sea grave. En consecuencia, la aplicación del artículo está en relación al peligro y no al resultado.

3. Si admitimos la responsabilidad dolosa, admitimos (por la lógica de los acontecimientos descritos, tal y como han sido redactados en el supuesto fáctico) que el autor responsable tiene a su favor argumentos penales para atenuar su responsabilidad penal. Se abren así varias hipótesis: ¿legítima defensa completa?, ¿incompleta? ¿Legítima defensa putativa? ¿Error en la conducta del agente?

Empezando por la primera, no parece desacertado, cuando menos, plantear la legítima defensa del artículo 20.4.º del CP en la conducta desplegada por el autor de las lesiones. Para que prospere, no obstante, esta pretensión legal, sería indispensable la concurrencia de algo reiterado por la jurisprudencia; a saber: la existencia de un peligro o riesgo real del que defenderse, o la posibilidad real de lesión a un bien jurídico protegible. No concurriendo tales elementos no cabe legítima defensa, ni completa ni incompleta. Aquí radica la esencia de la imposibilidad, pues el caso dice claramente que al realizarse la inspección no se encontró el arma que creía el acusado tenía Pedro.

Ahora bien, excluir toda atenuación de responsabilidad por la imposibilidad reflejada en el apartado anterior es tan cierto como injusto, y ya se sabe que en el Derecho Penal, la pena ha de ser propor-

cional al hecho cometido y a la culpabilidad del autor, y se sabe que el Derecho Penal es derecho de autor y de culpabilidad. Sería injusto, por tanto, no seguir investigando en la línea de atenuar la responsabilidad del autor. Por ello, basándonos en dos ideas clave del supuesto fáctico, encontraremos la finalidad pretendida. Una de ellas es la creencia del autor de que Pedro era portador del arma (creencia errónea), y otra en el error cometido, por cuanto si bien es cierto que no actúa con dolo directo, el eventual de representarse la posibilidad del resultado no excluye el error, no en el desvalor de la acción o del derecho, sino en la creencia de que actuaba correctamente. Ésta es la vía adecuada de sanción penal.

4. La naturaleza del error cometido es lo trascendente a la hora de concretar la pena y la responsabilidad penal definitiva. No hubo arma sino creencia de que había arma. La redacción del hecho fáctico es en el sentido de que el autor actuó motivado por la creencia errónea. Ese actuar no excluye de responsabilidad, pero sí de apreciar una legítima defensa o de ausencia de responsabilidad por ausencia de dolo, al admitirse la representación del resultado que le hace responsable por dolo eventual. Pero la creencia sí afecta a la responsabilidad por vía del artículo 14.3 del CP. El acusado pudo actuar en la creencia de que su vida corría peligro; el acusado pudo creer que había un arma (además se circulaba a gran velocidad por las calles de la ciudad...); y si bien las hipótesis no permiten modificar los hechos declarados como probados, sí pueden articular la lógica de un error en el comportamiento del autor. Error que conviene precisar, pues son varias las posibilidades legales.

Inspirados por el criterio de la jurisprudencia diremos: hay error por desconocimiento o ignorancia de que la conducta supone un desvalor del derecho (de prohibición); o hay error porque la conducta del autor no ignora el desvalor del derecho (se sabe antijurídica) pero cree, de buena fe, en la concurrencia de una causa de justificación (precisamente la legítima defensa que no puede ser aplicada por los argumentos ya dichos). Es decir, el agente no ha incurrido en un error acerca del desvalor de la conducta por el desvalor de la antijuridicidad de la misma, sino en un error por la creencia errónea de que tenía derecho a defenderse, porque podría ser objeto de una agresión ilegítima imposible ante la falta del arma. ¡Ésa es la cuestión jurídica trascendente a debatir! El autor sabía que su conducta era antijurídica, pero cometió el error de pensar que actuaba en legítima defensa. No aplicarle la legítima defensa por faltar objetivamente el arma y, por tanto, el peligro real, y no tener en cuenta el evidente error, sería hacer responsable al autor a título de dolo eventual, apreciando tan sólo lo que le perjudica, vulnerando el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad.

En consecuencia, sólo queda por determinar qué clase de error cometió. Es más, aún se puede rizar el rizo: el error cometido podría ser sobre la concurrencia de una causa de justificación, o sobre los hechos que la delimitarían, dándose así lugar a la doble distinción doctrinal de error directo o indirecto en cada caso, respectivamente. En fin, para concluir, sea directo o indirecto, lo cierto es que el error o fue vencible o invencible. Lo calificaremos definitivamente como error vencible, pues parece lógico atenuar la responsabilidad sin eximirla totalmente, por entender que una mayor diligencia a quien se le supone cierta pericia y profesionalidad en tales circunstancias implica un error vencible de prohibición en su conducta. Y un error de prohibición vencible en la conducta que supondrá la aplicación definitiva del artículo 14, número 3, con la posibilidad de disminución de la pena en uno o dos grados, por aplicación de la doctrina jurisprudencial moderna, que considera estos supuestos como de error de prohibición cuando recae sobre los hechos que cualifican la justificación de la conducta y no de hecho (del art. 14.2).

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 5.º, 10, 14.2 y 3, 147 y 148.1.