

ANATOMÍA DE UN IMPOSIBLE. LA IMAGEN JURISPRUDENCIAL DEL POLICÍA.

Juan Antonio García Amado

La imagen del policía¹ no es cuestión intrascendente para el funcionamiento del servicio que le compete, entre otras razones por la incidencia en la confianza de los ciudadanos en la institución, condicionante, a su vez, de múltiples comportamientos relacionados con riesgos y seguridad. Esa imagen se construye desde plurales instancias, desde los medios de comunicación hasta la literatura de ficción, pasando, de modo muy relevante, por las descripciones y prescripciones que de su cometido y modo de actuar se realizan en todo el ámbito del derecho, desde la Constitución, las leyes y los reglamentos, hasta la jurisprudencia. Aquí quiero ocuparme de esta última. Pretendo analizar algunos componentes de la imagen del policía que los jueces toman como referencia y, al mismo tiempo, proyectan en la sociedad. Me detendré concretamente en dos, ambos fuertemente irreales y perturbadores del juicio posible sobre los policías reales y las capacidades y actitudes que cabe exigirles. Los calificaré, y luego me explico, como la capacidad para ser ponderador de precisión y la capacidad para estar de servicio permanente.

1. El policía como ponderador de precisión.

Supone una capacidad o cualidad cuasimágica de los policías, hermosa como marca de referencia del cuerpo, pero irreal en su pretensión y sumamente insegura como pauta para juzgar de concretos actos. Esa supuesta habilidad que al policía se le imputa y exige al mismo tiempo, parece aludida por la STS, S.2ª, de 2 de febrero de 1996, cuando dice que “los funcionarios policiales, por razones profesionales, tienen, o deben tener, una **especial capacidad** para detectar la presencia de presuntos delincuentes a la hora de actuar en su importantísima función preventiva de la delincuencia²”.

El sueño de la ponderación exacta y objetiva es de los más arraigados en el mundo jurídico e inútilmente la persiguen legisladores, gobernantes y jueces. ¿Qué

¹ Por razones de economía expresiva, en adelante denominaré “policía” a todo miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

² Esta fórmula es muy repetida. Por ejemplo, véase también en la STS, S.2ª, de 2 de febrero de 1996.

ponderaciones perfectas son esas que los demás no alcanzan y al policía se le suponen? Mencionaré algunas.

1.1. En relación con la práctica de **cacheos**. Para la legalidad del cacheo, de modo que lo en él hallado pueda constituir prueba válida, se requiere un especial sentido de la proporcionalidad. Así, dice por ejemplo la STS, S.2ª, de 9 de abril de 1999, que “la llamada diligencia de cacheo consiste en el registro de una persona para averiguar si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito (...) y únicamente está condicionada a efectos de su legalidad a que la medida no sea fruto de la arbitrariedad o del desafuero, sino **racional** y **proporcional**³ a la situación, en cuyo caso adquieren toda su plenitud y operatividad legal los arts. 11.1 f) y g) de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y 19 y 20 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana”. Por tanto, sentido de la proporcionalidad en el policía que practica el cacheo, como determinante de la validez como prueba inculpativa de lo que en el cacheo se hallare. En la Sentencia citamos lo hallado fue droga en cantidad propia del comercio. Los agentes justificaron la realización del cacheo por el nerviosismo mostrado por el sujeto al ser requerido para que se identificase. El Tribunal deja una cierta impresión de que esa sola causa no bastaría para hacer válido el cacheo, validez que sí se muestra al tomar en cuenta algún dato adicional que se suma en la ponderación, como es que el acusado se hallaba, al ser requerido, en una zona de habitual tráfico de drogas por parte de personas de color, siendo él de color. Similarmente, y por mencionar sólo uno más del enorme número de casos, en la STS, S.2ª, de 2 de febrero de 1996, el TS casa una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que había absuelto al acusado al que en un cacheo en la calle se le habían descubierto 24 papelines de drogas y dos navajas, aduciendo como motivo que los agentes practicaron el cacheo sin más motivo objetivo que una simple corazonada. Frente a ello, el TS no dice que la

³ Son las exigencias habituales en la jurisprudencia sobre el tema. Por ejemplo, según la STS, S.2ª, de 31 de marzo de 2000, lo que diligencias como el cacheo exigen para su licitud es “la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad”. Lo que más nos interesa aquí, el requisito de proporcionalidad, lo describen diciendo que “exige guardar **el justo equilibrio** entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona”. Nuevamente la alusión a virtudes tan atractivas como inalcanzables, en este caso la capacidad para la justicia del caso concreto, la salomónica aptitud para saber exactamente la única medida que al caso le conviene. Los términos anteriores se repiten, por ejemplo, en la STS, S.2ª, de 9 de mayo de 2001, que agrega más descripciones de esa ansiada exactitud imposible: “Quizá haya de ser, como siempre, «la justicia de la proporcionalidad» la que clarificará en cada supuesto de caso concreto la exacta medida”. En idénticos términos, entre otras muchas, la STS, S.2ª, de 4 de febrero de 1994, que, sin embargo, habla de “justeza de la proporcionalidad”. Tanta ilusión y semejante insistencia debería llevar a hacer obligatoria en las academias de policía la lectura de Aristóteles.

corazonada sea justificación bastante, sino que valida el cacheo tomando en cuenta otros datos, como que los policías conocían a la persona y sabían de su relación con el mundo de la droga.

1.2. Al determinar los requisitos para que opere en favor de los policías la **eximente de cumplimiento del deber**⁴. A la hora de determinar qué convierte en legítimo cumplimiento del deber la actuación de un policía que, incluso, emplea medios violentos, la jurisprudencia viene echando mano del art. 5.2 c) de la **Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**, a tenor del cual los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad “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”. Repárese en que el policía, por tanto, ha de correlacionar seis variables, tres referidas a la entidad del daño que se quiere evitar y tres alusivas a los medios que para ello elija. Ha de juzgar de la gravedad del daño, de su acaecer inmediato y de su irreparabilidad si acontece, y, si de ese juicio resulta que la entidad del daño justifica su actuación, debe calcular también que los medios que en ella use sean congruentes con la situación, oportunos en ella y proporcionales, esto es, no desmedidos. Posiblemente un especialista en computación e inteligencia artificial nos diría que estamos en un ámbito prototípico de la decisión bajo incertidumbre y al abrigo de no más lógica que la que opere por pura aproximación. Y ese es el centro del problema que estamos planteando, la correlación entre la respuesta profesional que a ciertos estímulos da el policía y la respuesta que a una nueva ponderación de todo ello aporta ulteriormente el juez que juzga de la validez de su actuación y de su legitimidad o ilegitimidad (con la consiguiente responsabilidad, en su caso). Y la situación se puede traducir siempre a este mismo panorama: una amplia franja de casos muy claros, por su evidencia o mero sentido común, tanto de legitimidad como de ilegitimidad, y una no pequeña zona borrosa en la que el juicio judicial se mueve en la misma incertidumbre que el juicio operativo del policía, pues tanto una opción como su contraria cuentan con muy buenos argumentos, dada la textura

⁴ A tenor del art. 20, 7º CP, está exento de responsabilidad criminal “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

abierta de normas como la citada y el poroso entramado de los hechos, que pudieron ser racionalmente interpretados con alcances distintos (por ejemplo en cuanto a la inminencia del riesgo de daño, su irreparabilidad o no, lo proporcional del medio empleado, etc.). A propósito de estos que podemos llamar casos difíciles quizá convenga resaltar que debe desplegar toda su eficacia el principio *in dubio pro reo*, por mucho que el reo sea policía, por mucho que la consideración de las víctimas deba estar siempre presente (pero igual, ni más ni menos que en cualquier otro delito, lo cometa quien lo cometa) y por mucho que, si acaso, puedan articularse mecanismos de responsabilidad estatal por daños al margen de la responsabilidad *ex delicto*, para salir así de la perversión que puede suponer el que la indemnización para las víctimas o perjudicados haga conveniente forzar la interpretación que hace ilegítima la actuación policial y que condena al policía .

Volviendo al hilo de este punto, la dificultad de la operación ponderadora que se requiere se hace patente cuando en la jurisprudencia leemos la concreción de los mencionados requisitos de la eximente de cumplimiento de deber. Así, de la violencia utilizada, cuando es el caso y está en abstracto justificado su uso, se dice que ha de ser **“la menor posible** para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice **el medio menos peligroso** y, por otro lado, que ese medio se use **del modo menos lesivo posible**, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, **teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso**, entre ellas **las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad** (necesidad en concreto)” (STS, S.2ª, de 21 de septiembre de 1999). Fijémonos en que se le pide al policía que quiera ver como legítima, es decir, no ilícita su actuación, que sea capaz de calcular cuatro cosas: i) de cuántos y cuáles medios dispone para evitar la actividad delictiva en cuestión, ii) cuál de ellos es el menos peligroso, iii) de cuántos modos cabe emplear ese medio y iv) cuál de esos modos es el menos lesivo. Y como pauta para ese cálculo se alude nada más y nada menos que a las circunstancias concretas del caso. Y a las dificultades de semejantes ponderaciones hay que añadir la necesidad de que el policía acierte ya no sólo en el veredicto, sino también en la ejecución, esto es, que consiga que el disparo dé en el punto así calculado o que la porra golpee en la parte que de ese modo se mostró la preferible. Soy consciente de que estoy realizando una especie de reducción al absurdo, pues nunca ninguna jurisprudencia pretende ni podría pretender aplicar un baremo exacto para esos cuatro cálculos y hacer al policía

responder del más mínimo incumplimiento del mismo. Por poner un ejemplo, es obvio que un disparo que acierte en un dedo del pie daña menos que uno que lo haga en el tobillo o la rodilla, pero la exigencia no llega a tal punto, obviamente. Más bien se opera por una especie de tramos que, en el caso del cuerpo, lo divide en partes según su valor e importancia vital y funcional. Lo que con mi planteamiento quiero que se vea es lo que de absurdo se contiene en el modo como jurisprudencialmente se plantean y concretan las exigencias que determinan la legitimidad de la actuación policial, con todo un entramado de ficciones que, al tiempo que no ofrecen pautas verdaderamente tangibles y operativas para el policía, también ocultan los verdaderos criterios de medida que los tribunales aplican y, por todo ello, son vías que pueden hacerse sospechosas de abrigar un decisionismo judicial poco deseable por dañino, sea más, menos o igual de dañino que el de un policía actuando sin criterio claro y manejable.

En la misma sentencia que acabamos de citar, del TS, Sala 2ª y fecha de 21 de septiembre de 1999, se abunda aún más en una pretendida explicitación del criterio de medida de la violencia legítima en cada caso, pero se da en mostrar un galimatías de imposible cumplimiento en sus términos propios (amén de prácticamente incomprensible), resumible quizá en la mera pauta de que el policía ha de poseer la muy tradicional y loable virtud de la “frónesis” o “prudencia”. Bonito deseo pero muy evanescente vara de medir y juzgar de las actuaciones policiales en casos mínimamente complicados. Veamos el texto. Se dice que entre los requisitos para la aplicación de la eximente de que hablamos está la “Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que puedan exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora (...), pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto, como ha dicho

algún autor»⁵. ¿Quién se anima a aplicar esta pauta para ver, en cualquier caso que esté más allá de la pura evidencia compartida, del sentido común, si la violencia utilizada ha sido proporcional?

Cuando el caso es evidente por lo desproporcionado de la acción policial, visible hasta para el más lego y desinformado en materia de leyes, tan proliferas teorizaciones son innecesarias. Cuando el caso es difícil porque requiere de criterios muy precisos de ponderación, semejantes divagaciones no los aportan en absoluto.

Ciertamente los casos que llamamos fáciles abundan. La misma sentencia que venimos citando por extenso trata de uno. Un ciudadano esperaba a su esposa a la salida del trabajo de ésta, sentado en el bordillo de la acera entre dos vehículos aparcados. Dos policías estiman su actitud sospechosa y le requieren para que se identifique. Ante su negativa y sus protestas, le golpean reiteradamente con los puños y la porra, lo derriban y le ponen un pie en la cara para esposarlo. Además, cuando su esposa sale y se acerca a ver lo ocurrido, la golpean en el rostro. Nadie diría que el caso merece siquiera discusión o que se puede dudar de la ilicitud de la acción policial o lo adecuado del fallo recaído que condena a los policías por delito de lesiones.

1.3. Al requerir la **identificación** de ciudadanos. En algunos casos el celo, de por sí no reprochable, de los tribunales para someter al más estricto escrutinio las acciones policiales lleva a absurdos prácticos, a exigencias de imposible cumplimiento porque son autocontradictorias, autorrefutables. Veamos un caso al hilo de la misma sentencia citada de 21-IX-1999, con el asunto que ya conocemos de la identificación que se pide al que espera a su esposa sentado en el bordillo entre dos coches. En su camino hacia la deslegitimación de la acción policial (que sin duda tiene causa bastante de ilegitimidad en las lesiones completamente inmotivadas), acaba el Tribunal por decirnos algo curioso, haciendo interpretación del art. 20 de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992. Dice este artículo que “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía

⁵ Sobre el asunto pueden verse las Sentencias de la Sala Segunda del TS de fechas 22-XII-1970, 20-X-1980, 13-V-1982, 22-XII-1989, 25-III-1992, 2-XII-1993, 17-I-1994, 24-I-1994, 30-IX-1994, 5-VII-1995.

pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que **el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**". Pues bien, la Sentencia cita la parte de la norma que he remarcado y, sin más, añade lo siguiente en cuanto a la legalidad o no del requerimiento de identificación en el caso que comentamos: "Como no había razón alguna que pusiera en peligro esa seguridad por parte de Fructuoso -ese es el nombre del requerid para identificarse-, según reiteradamente expone la sentencia recurrida, hemos de entender que en el caso presente ninguno de los dos agentes que intervinieron en el hecho estaba autorizado para exigirle que se identificara". Hay una palpable deficiencia en este argumento, que, más allá del caso y en sus términos generales, se traduce en una nueva exigencia de aptitudes prodigiosas de los agentes de seguridad: que sean capaces de conocer de antemano lo que sólo se puede mostrar *a posteriori*. Expliquémonos. Un policía observa a alguien que hace algo o está en una actitud que le resulta sospechosa; por ejemplo, como en el caso, sentado de modo infrecuente entre dos coches: o, pensemos otros supuestos, durmiendo bajo un coche o entrando en una casa por la ventana. Ante la sospecha, más o menos fundada, más o menos compartible, pero no absurda en ninguno de estos casos, ese policía le requiere su identificación. Y ahora veamos dos posibles acontecimientos a partir de ahí. Primera posibilidad, una vez identificado el sujeto, se descubre, por ejemplo, que es un peligroso ladrón que estaba tratando de robar. En ese caso, lo que *después* de realizada la identificación se ha conocido legítima el requerimiento previo de la misma y el policía, en consecuencia, ha actuado legítimamente. Segunda posibilidad, una vez identificado el sujeto, se sabe que nada en su comportamiento se

relaciona con delito alguno, porque simplemente estaba esperando a su esposa, o durmiendo la siesta a la sombra de su vehículo, o entrando en casa de modo inusual porque se había dejado las llaves dentro. En ese caso, y si seguimos el razonamiento de la Sentencia citada, lo que el policía sólo ha podido saber *después* deslegitima su actuación previa y convierte su sospecha en fuente de ilicitud. Absurdo. Absurdo porque en ese caso la petición de identificación es siempre ociosa o inconveniente: cuando el delito ya se ha acreditado, para qué; cuando no llega a haber delito, porque es ilícita. La sentencia añade que “No había necesidad alguna de intervención policial, ni siquiera para exigir una identificación”. Y esa total ausencia de necesidad la deduce de que en el juicio se ha probado que el ciudadano no estaba ni robando ni haciendo nada antijurídico mientras esperaba sentado entre dos coches. ¿Pero cómo pudieron los policías que sospecharon saber lo que luego se probaría en un juicio⁶? El planteamiento descrito supone la interdicción de la sospecha como desencadenante de actuaciones policiales y su sustitución por la certeza plena como base de toda medida de los agentes. Pero

⁶ No es infrecuente ese vicio jurisprudencial de ponderar como factor de la adecuada conducta del policía lo que éste aún no podía conocer en el momento de realizar la “ponderación” de circunstancias que guiaron su decisión de utilizar unos medios u otros. Así, por mencionar algún ejemplo más, la STS, S.2ª, de 20 de octubre de 1980, en un caso que, por lo demás, parece bastante fácil justificar la condena, por la cantidad de indicios que avalan la culpabilidad del policía acusado y la no concurrencia de la eximente completa de cumplimiento de deber, el Tribunal pretende añadir este tipo de argumentos que criticamos. Una dotación de policía ve un coche sospechoso que, ante la presencia del vehículo policial, emprende la huida. Lo interceptan y tratan de detener a los tres varones que iban en él. Uno echa a correr y es alcanzado por un policía. Poco después es otro el que emprende la carrera y es perseguido por un policía. Cuando está a punto de ser alcanzado, el perseguido se detiene, se vuelve empuñando una navaja y amenaza e insulta al policía, que saca su pistola y le encañona. En ese momento el fugitivo se da la vuelta e inicia una nueva carrera, pero de inmediato el policía le apunta, le dispara con su pistola, cargada con balas de gran efecto destructivo, y le mata de un tiro que le entra por la parte posterior del cráneo. Entre los datos que el Tribunal maneja para justificar la condena (y gran parte de los otros parecen convincentes y oportunos), se encuentran los contenidos en el siguiente párrafo: es evidente que el policía se excedió, “toda vez que el interfecto, carente de antecedentes penales, era un simple drogadicto que, en todo caso, había desvalijado, poco antes un automóvil estacionado en la vía pública, sustrayendo efectos que se hallaban en el mismo, y, su contumaz huida no justificada -ni por su peligrosidad ni por la índole y gravedad del delito presuntamente cometido- que se le disparara a la cabeza, produciéndole la muerte”. En efecto, el disparo a la cabeza, a corta distancia, no estaba justificado, puesto que se incumplió el mandato de disparar al aire como advertencia antes de disparar al cuerpo y, además, es verdad también, como la sentencia dice luego, que la detención del sujeto más adelante parecía fácil, una vez que sus compinches ya habían sido apresados. Pero sobre el argumento que criticamos hay que resaltar su carácter paradójico y su poca solvencia, puesto que supone en los policías capacidad de adivinación. Pues, ¿cómo podía saber el policía que quien huía, y a quien no conocía, carecía de antecedentes penales -en la medida en que ese dato deba realmente considerarse relevante a estos efectos, pero el Tribunal con esa intención lo menciona; además, resultó que sus dos compañeros sí tenían antecedentes penales-?, ¿cómo podía conocer cuál era el delito concreto que acababa de perpetrar? Es más, puestos a sopesar indicios, ¿no cabría también dar por bueno el de que cuando alguien huye ante un policía que le grita que se detenga empuñando una pistola y apuntándole con ella, se hace sospechoso de ser responsable de delitos muy graves? Y conste que con lo dicho no trato de cuestionar la condena del policía en un caso como el descrito; sólo el manejo de argumentos improcedentes que en esta ocasión no dañan, dado que hay otros mucho más fuertes y sostenibles, pero que en otras oportunidades sirven para la discriminación negativa del policía acusado, al que se le exigen imposibles como ese de la adivinación.

entonces la identificación nunca será necesaria, pues la certeza del delito justifica la detención sin trámites previos.

Una de las conclusiones que podemos extraer de lo hasta aquí expuesto es que hay un desfase entre los criterios que como pautas enjuiciadoras de la labor policial para distintos propósitos menciona la jurisprudencia y su real operatividad práctica o funcionalidad efectiva como guías de tales juicios. Una y otra vez los tribunales enuncian un modelo de referencia o patrón de medida en unos términos que se pretenden descriptivos de datos o conceptos tangibles y objetivamente mensurables, al mismo tiempo que con sus propias dudas, oscilaciones y hasta contradicciones los mismos tribunales desdican de esa objetividad y utilidad tan precisa de los criterios y el modelo. Y si no sirven de baremo suficientemente preciso para los jueces que los crean e invocan, ¿cómo va a hacerse exigible su uso perfecto a los policías o cómo va a depender de su concreta interpretación la validez o ilicitud de las actuaciones policiales obtenedoras de pruebas, por ejemplo? Ya sabemos que las continuas invocaciones de categorías como racionalidad, proporcionalidad, debida cautela, prudencia, justicia del caso, etc., etc., no son, al menos en los casos difíciles, más que recursos para tapan lo dudoso revistiendo de falsa certeza lo aún más dudoso. No estoy proponiendo que esas categorías desaparezcan, sino sólo que su uso esté presidido por la suficiente conciencia metodológica y por un modelo operativo más realista. Hagamos un intento, muy provisional y tentativo, de diseñar el esqueleto de tal modelo.

El primer paso consiste en renunciar a toda pretensión de asociar a las referidas expresiones un metro exacto y una rigurosa capacidad de medida. Se ha de cambiar, pues, el modelo de racionalidad con que se opera. En lugar de soñar o fingir que se posee una pauta de racionalidad en sentido fuerte, capaz de con rigor decirnos en los casos difíciles en qué momento deja de ser proporcional la práctica de un cacheo, el requerimiento de identificación, etc., tendremos que conformarnos con un patrón de mera razonabilidad, racionalidad aproximativa o racionalidad en sentido débil, llamémoslo como queramos. Este modelo sólo da por cierto y objetivo lo perfectamente evidente y, en todo lo demás, en todo lo palmariamente dudoso y discutible, renuncia a cualquier vano afán de unívoca precisión. Esto supone asumir el elemento de ineliminable discrecionalidad decisoria que acompaña dichos casos dudosos y, en consecuencia, renunciar al lenguaje pseudoobjetivo y a la pretensión de precisión de las categorías o juicios constitutiva y radicalmente

imprecisos. En otros términos, tendríamos que racional o proporcional, por ejemplo, sólo es lo evidentemente racional y proporcional para cualquier observador simplemente normal; e irracional o desproporcionado lo que así es o sería juzgado por cualquiera con sentido común. Fuera de ahí, en los casos dudosos, no queda más que, en primer lugar y como ya se ha dicho, asumir el componente decisorio no basado en cálculos o medidas objetivas y, en segundo lugar, tratar de reducir el componente decisionista mediante la utilización de criterios puramente formales y procedimentales. Tales pueden ser desde la aplicación sistemática y coherente de principios como el de *in dubio pro reo* hasta la puesta en funcionamiento de presunciones y cargas de la prueba rigurosamente observadas.

Un ejemplo de esto último puede tomarse del modo como la jurisprudencia mayoritaria acaba en el fondo resolviendo los problemas del cacheo. Ya hemos visto que se echa mano con total reiteración del principio de proporcionalidad; pero en la mayoría de las ocasiones, y fuera de los casos de desproporción evidente y sangrante de la actuación, lo que acaba dirimiendo es una mera presunción, la presunción de competencia profesional del policía. En realidad, la jurisprudencia viene asumiendo tácitamente que la regla es que resulta lícito todo cacheo que el policía decida, salvo que se pruebe que hay una total y radical ausencia de justificación para la medida y puede, en puridad y con evidencia, reputarse de perfectamente arbitraria o lastrada por propósitos jurídicamente inadmisibles. Ese es, a fin de cuentas, el sentido de párrafos como el siguiente, contenido en la STS, S.2ª, de 11 de noviembre de 1997, que trata de un caso de cacheo: “En cualquier caso, cualquier tipo de restricción de la libertad de la persona exige un adecuado respeto del principio de proporcionalidad; y, a este respecto, ha de reconocerse a los agentes policiales una profesionalidad y experiencia en orden a valorar el grado de sospecha o las razones que justifiquen este tipo de medidas”. Es metodológicamente más “sincero” y comporta mayor seguridad jurídica operar así que jugar a que el juez o el policía son capaces de ver la línea exacta que en cada circunstancia separa lo proporcional de lo desproporcionado; es decir, de ponderar al modo de auténticas balanzas de precisión. En este tipo de cuestiones, donde no alcanza el sentido común no llega ninguna balanza y no nos queda más que buscar la organización más conveniente y uniforme de las *decisiones*, de la última palabra.

En mi opinión, se está haciendo necesario recomponer el modelo de policía con que trabaja la judicatura y que, al tiempo, se presenta a los ciudadanos. Ciertamente

es, y así lo muestra la historia de los Estados modernos, que todas las garantías y cautelas son pocas a la hora de procurarse unos servidores del orden que no caigan en peligrosas tentaciones que pervierten su labor y constituyen un terrible riesgo para el ciudadano. Por ejemplo, la simple constatación de la gran cantidad de sentencias en asuntos por delitos de asesinato y homicidio doloso de policías y guardias civiles dan la razón a la continua exigencia jurisprudencial de que se extremen los controles en la formación y durante la situación de servicio. Es más, algún día debería hacerse con mucho rigor (si es que no se ha hecho ya) el cómputo de cuántos delitos contra la vida son evitados por los agentes del orden gracias a que éstos pueden portar armas fuera de su horario de servicio estricto, y cuántas vidas se cobra el uso indebido de esas armas (y, aunque no relevante a efectos de ese cotejo de vidas, a cuánto *nos* asciende anualmente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado). No es descabellado por completo imaginar que tal vez la cuenta salga negativa.

Pero, bien sentado lo anterior, también me parece verdad que se ha de construir social, legal y jurisprudencialmente lo que podríamos denominar un modelo positivo de policía, un modelo no cargado con toda una serie de presunciones negativas que lastran la imagen y el respeto de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y suponen una discriminación en los derechos y garantías de sus agentes. Porque cierto es que en ellos se contiene mucho riesgo para el ciudadano y que existe un porcentaje preocupante de delitos por ellos protagonizados. Pero no es menos cierto que también los directores de banco delinquen con frecuencia y se hacen cómplices de muy turbias operaciones en las que se juegan vidas y haciendas, sin que por ello se les haga víctimas de etiquetas corporativas negativas ni se les discrimine en sus derechos ante la justicia. Exigir a los policías capacidades imposibles, como parece que hace alguna jurisprudencia, significa convertir a los que velan por la seguridad en riesgo por definición para nuestra seguridad.

2. Servicio 24 horas: el Estado siempre responde.

El art. 5.4 de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de 13 de marzo, estipula que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado “Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en

defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”. Por su parte, el art. 121 del vigente Código Penal de 1995 dispone que “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes o contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados...”. Con anterioridad, en el Código Penal de 1973 el tema se regulaba en los arts. 21 y 22, en términos menos claramente referidos a las entidades administrativas públicas, pero que habían sido interpretados extensivamente para abarcar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos de sus servidores.

En la interpretación jurisprudencial de dichos preceptos existe desde hace décadas ya una práctica unanimidad, según la cual se dibujan como requisitos de la responsabilidad subsidiaria del Estado los tres siguientes: en primer lugar, la relación del condenado con el Estado, bajo cualquiera de las formas señaladas de autoridad, agente, contratado o funcionario; en segundo lugar, que el delito haya acaecido estando dicho acusado en desempeño de su servicio al Estado; y, por último, que haya una correlación entre el daño y la actividad realizada en el servicio. Esas tres exigencias determinan que el Estado o Administración de que se trate no asuma subsidiariamente la responsabilidad civil por los daños derivados, por ejemplo, de un delito cometido por un funcionario docente o por un Ministro en su vida privada y al margen por completo de su relación de servicio con el Estado o Administración de que se trate, por la obvia razón de que no habría ocurrido ese delito mientras su autor estaba de servicio o en el ejercicio de su cometido para la Administración. Pero en el caso de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el planteamiento es completamente distinto. Y lo es por obra de la interpretación extensiva que la jurisprudencia vienen realizando del mencionado art. 5.4 de la LO 2/1986. Dicha interpretación lleva a entender que total dedicación y la obligación de intervenir en cualquier momento y lugar en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana significa que dichos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están permanentemente de servicio, por lo que de sus delitos en esa situación también responde subsidiariamente el Estado. En otros términos, el Estado y las Administraciones sólo responden por los delitos cometidos estando de

servicio o en desempeño del cargo o función pública de que se trate en cada caso, pero de los policías se entiende que están de servicio siempre, por lo que esa responsabilidad estatal opera sin interrupción temporal, sin límites de horario, lugar y circunstancia. Veámoslo con más calma.

Un sujeto que es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puede delinquir en tres situaciones bien distintas: i) estando en acto de servicio en sentido estricto, es decir, dentro de su jornada de trabajo, durante el tiempo asignado al cumplimiento de las misiones encomendadas por sus superiores, en el curso de tal desempeño. ii) Fuera de su horario y cometido de servicio en sentido estricto, pero actuando manifiestamente con el propósito de cumplir, a tenor del citado art. 5.4 de la LO/2/1986, con su obligación de defender en todo momento la legalidad y la seguridad ciudadana. Tal es el caso, por ejemplo, si encontrándose fuera de servicio en sentido estricto, pongamos que de vacaciones, contempla un atraco e interviene para tratar de evitarlo pero se excede y, con dolo o culpa, mata al atracador no concurriendo causa de exoneración de su responsabilidad penal. Y, iii) la tercera situación posible es la del policía que delinque con ocasión de actividades privadas en las que no media ningún propósito ni condición de tratar de evitar un ilícito o proteger a algún ciudadano. Podría ser el caso del policía que, durante su descanso y hallándose en su casa, en un ataque de celos dispara contra su mujer.

Pues bien, la pregunta que tenemos que hacernos es en cuáles de esas tres posibles situaciones debe el Estado cargar subsidiariamente con la responsabilidad civil por los daños acontecidos. Nadie duda de que así debe ser en la primera de ellas, que encaja palmariamente bajo la dicción del 121 CP. En cuanto a la segunda, poca discusión hay y, posiblemente, poca cabe, y se admite idéntica responsabilidad estatal subsidiaria. El dilema espinoso está a propósito del tercer tipo de situaciones. ¿Debe el Estado ser responsable subsidiario por el daño que deriva del delito que un ciudadano cuya profesión es la de policía comete no a título de policía, sino de ciudadano privado, con total desconexión de cualquier relación objetiva o subjetiva con el desempeño de un servicio policial? La jurisprudencia ha evolucionado clarísimamente hacia la respuesta positiva también a este último interrogante. Pero las situaciones aquí encuadrables merecen, a su vez, una subclasificación. Pensemos en las dos siguientes. Primera, un policía viene mostrando signos muy claros de padecer desde tiempo atrás algún grave trastorno psicológico, razón por la cual objetivamente se ha convertido en un gran riesgo para

la seguridad ajena, dado que está facultado para portar en cualquier momento y lugar el arma que el propio Estado le entrega y puesto que ni se le ha retirado el arma ni se ha tomado ninguna medida para separarlo, definitiva o provisionalmente, del servicio. En tales ocasiones, la jurisprudencia está siendo prácticamente unánime en imputarle al Estado responsabilidad por razón de su culpa *in vigilando* (y/o, en su caso, culpa *in eligendo*). Segunda de esas situaciones posibles: el policía que delinque no había presentado indicio ninguno que pudiera fundar la presunción de que significaba un riesgo para la seguridad de alguien. Ausente ahí, pues, la base para cualquier imputación de culpa de la Administración, la única vía para asignarle responsabilidad civil subsidiaria es echar mano de la responsabilidad objetiva derivada de la mera creación del riesgo. Pero ¿cuál riesgo y por qué? Más abajo examinaré las respuestas posibles.

Observemos ahora algunos ejemplos reales en la jurisprudencia sobre cada una de todas estas situaciones.

a) Daños por delitos cometidos por servidores públicos del orden estando de servicio en sentido estricto.

Buenos ejemplos en este apartado los ofrecen los casos en que policías o guardias civiles resultan condenados como reos de lesiones, amenazas, torturas, etc., realizados con ocasión de actos de servicio originalmente dirigidos a la persecución del delito (detenciones, registros, interrogatorios...). En uno de tales casos, dirimido por la STS, S.2ª, de 13 de marzo de 1986, podemos leer la siguiente fundamentación del Tribunal. Después de referirse a la interpretación ampliatoria que la jurisprudencia venía haciendo del art. 22 CP -entonces vigente-, orientada a una responsabilidad basada en la creación del riesgo, lo que lleva a que “en base a este precepto esta Sala viene condenando al Estado incluso cuando el funcionario de policía se halle en actividades que a primera vista pudieran reputarse ajenas a su dependencia respecto del cuerpo al que pertenece”, se puntualiza que en el caso de autos no es necesaria una fundamentación tan esforzada: “Pero en el presente caso no nos hallamos ante ningún supuesto en que sea necesario utilizar amplitud alguna en la interpretación de este art. 22, **pues aun la más estricta nos habría de conducir a su aplicación**: se trata de un caso en que se produjeron unas torturas para obtener datos relativos a la banda terrorista E.T.A., realizadas en un edificio destinado al ejercicio de actividades propias de la Administración del Estado como lo es un cuartel de la Guardia Civil, torturas que fueron permitidas por quienes

actuaban como órganos del Estado en el ejercicio de las funciones propias de sus respectivos cargos. Es decir dentro de un verdadero y propio procedimiento administrativo de carácter policial, sin que haya desviación alguna que pudiera relacionar la actividad delictiva con alguna finalidad privada o diferente de la propia del cargo, se produjeron los delitos de autos con unos daños que deben indemnizar, primero, los responsables penales en calidad de responsables directos, y en su defecto el Estado”.

b) Daños causados por delitos cometidos por policías con ocasión de actos de servicio en sentido lato.

Este es el lugar donde el tantas veces ya mencionado art. 5.4 LO 2/1986 surte sus efectos menos discutibles. El razonamiento rector es que si el Estado sienta la obligación permanente de los agentes públicos del orden de intervenir en todo lugar e instante (ya se hallen en sus asuntos privados, en situación de descanso o vacación, etc.) en que se topen con un delito que puedan contribuir a evitar, razón por la que, además, están facultados para portar armas en todo momento, el mismo Estado debe responder subsidiariamente por los daños que en tal cometido los agentes provoquen como consecuencia de un defectuoso ejercicio de su cometido que sea constitutivo de delito. El interrogante decisivo aquí versa sobre qué circunstancias deben concurrir para que la acción del policía que en tal situación se encuentra encaje bajo tal noción de prestación de su servicio de defensa de la Ley y la seguridad ciudadana, en los términos de aquel precepto. ¿Es lo determinante el dato subjetivo de que el agente crea que se está cometiendo un delito y se proponga evitarlo? ¿Debe concurrir la circunstancia objetiva de que efectivamente la situación sea de riesgo verdadero de delito?

Merece la pena señalar aquí dos circunstancias curiosas y sutilmente interrelacionadas. La una es que no es fácil hallar en los repertorios jurisprudenciales casos encajables en este apartado. Hay una más que relativa abundancia de asuntos en los que se condena e indemniza por delito cometido durante el servicio en sentido estricto y de otros en que se condena e indemniza por delitos cometidos por policías y guardias que no actúan movidos por un propósito inicial de evitar un delito, sino totalmente al margen de eso y con mero designio de delincuente no guiado por más interés que el propio. En cambio, qué pocas veces llegan a los tribunales casos de exceso porque un agente que está fuera de servicio en sentido estricto retoma el servicio, en sentido lato, para oponerse a un delito.

¿Será porque casi nunca se cometen excesos o negligencias en tales actuaciones? Más bien me atrevo a pensar que lo que se da es una gran escasez de tales actuaciones, pese a la grandilocuencia de la declaración legal del referido art. 5.4. Y no me parece descabellada la hipótesis de que se deba a que ahí sí el agente pondera con un muy elemental patrón de medida: mejor no asumir riesgos que, además de físicos, son jurídicos. Y mejor, por ello, no llevar armas fuera de servicio, para no verse tentado o requerido para usarlas en evitación de delitos. Estamos ante una paradoja legal de muy difícil salida. Por un lado, la ley proclama la obligación legal de todo miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de oponerse al delito aun hallándose franco de servicio. Por otro lado, la ley no le obliga, pero le autoriza a portar armas, a fin de poder cumplir con aquel cometido. Ya vemos ahí una cierta ausencia de concordancia práctica o de propósitos: se proclaman obligatorios los fines y facultativos los medios que permiten la realización de aquéllos. Y, para acabar, en tercer lugar, se le hace ver al policía -y no puede ni debe ser de otra manera- el alto riesgo que corre si hace uso de los medios para atender aquellos fines. Y lo que en sede teórica parece un dilema complicado, en la práctica tiene una solución bien simple: no te compliques la vida y tómate aquella proclamación a beneficio de inventario.

La segunda circunstancia curiosa que quiero destacar en este momento es que la interpretación extensiva del art. 5.4 está llevando, como ya dijimos y luego explicaremos con más detalle, a que, como mínimo, todo uso privado que el agente haga de su arma reglamentaria (para perpetrar un atraco, para asesinar al amante de su mujer, para amenazar a su acreedor...) se reputa como acto de servicio. Esto sí es una paradoja bien llamativa. Lo que determina que un delito se cometa en acto de servicio no es ni el propósito que lo guía (el fin de evitar un delito vs. un propósito puramente privado), ni ninguna circunstancia externa a la acción (que concurra o no una situación delictiva exterior al agente), sino el uso del arma. Unido esto a lo anterior, resulta que pese a que el agente está obligado a “entrar en servicio” siempre que se topa con un delito, pocas veces lo hace, entre otras cosas porque no está obligado a portar el arma que le permitiría muchas veces cumplir con tal cometido; pero siempre que utiliza el arma para otros fines que ninguna relación tienen con la evitación o persecución del delito, se entiende que ha “entrado en servicio”, que actúa bajo el amparo del art. 5.4. LO 2/1986. Lo cual, rectamente entendido y en puridad, significa ni más ni menos que lo siguiente: ha cometido un

delito al excederse o desviarse en el cumplimiento de su obligación de estar de permanente servicio. Es el precio que se paga para hacer “pagar” al Estado, a fin de que no quede, *en estos casos*, sin indemnización la víctima.

Contémplese a la luz de todo esto lo que expondremos en el apartado siguiente, el c). Antes, permítaseme mostrar aquí un caso también curioso bajo esta óptica. Es el que resuelve la STS, S.2ª, de 22 de diciembre de 1989. Los hechos son así. Dos guardias civiles destinados en Vitoria y que se hallan en el momento de los hechos francos de servicio, acuden a una discoteca en dicha ciudad. Uno de ellos porta su pistola reglamentaria. En la misma discoteca se encuentran tres policías nacionales, que ni conocen a los guardias ni son conocidos de ellos. Uno de los policías nacionales observa que el guardia civil lleva una pistola a la cintura, informa de ello a sus compañeros y entre los tres tratan de sacarlo hacia otro lugar en el que poder identificarlo. El ruido y la escasa luz impide que el guardia oiga lo que le dicen o vea la placa que se le quiere mostrar. Ante quienes creía sus agresores, el guardia trata de defenderse y se produce una violenta pelea. En un momento en que el guardia ha sido derribado, extrae su pistola y hace varios disparos que hieren a dos de los policías y a un cliente. Es condenado por la Audiencia (condena ratificada por el TS en la sentencia que comentamos) por tres delitos de lesiones con la concurrencia de situación de error vencible de prohibición y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En cuanto al tema que aquí nos interesa, el TS da por buena la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la fundamenta así, después de la habitual mención del art. 5.4: “Es decir, que aunque el guardia civil se hallara libre o franco de servicio ordinario, estaba en servicio permanente, y si no cabe duda alguna que en esas condiciones y vestido de paisano, hubiese podido y debido intervenir en defensa legítima de un extraneus (...), igualmente podía hacerlo (...) en defensa de su propia integridad personal injustamente agredida”. Peculiar argumento, ciertamente. Se nos dice que i) el guardia hubiera debido defender la seguridad ciudadana defendiéndose a sí mismo como si él hubiera sido otro; ii) que, por no haberse defendido como corresponde al acto de servicio, supone su acción un acto de servicio que justifica la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Súmese a esto, en la lista de curiosidades, que los lesionados eran agentes que sí actuaban, ellos sí, en claro acto de servicio al tratar de actuar frente al que pensaban que podía ser un peligroso delincuente.

c) Daños causados por policías que ni en sentido estricto ni lato estaban de servicio ni realizaban actos relacionados con el servicio.

La problemática intensa que generan los casos que aquí encajan ya ha sido mencionada un poco más arriba. Ilustrémosla ahora con el siguiente caso, resuelto por el TSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid, en sentencia de 19 de febrero de 2001. El acusado, guardia civil, hallándose fuera de servicio tomó un taxi y le pidió que se dirigiera a un descampado. Allí, sin más aviso, mató al taxista de un tiro en la sien y le robó las veinticinco mil pesetas que llevaba. El guardia es condenado por los delitos de delito y robo y se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. ¿Con qué fundamento? Esta sentencia, bien reciente, repite un planteamiento sumamente frecuente en este tema en los últimos tiempos. Consiste en desplegar simultáneamente una doble estrategia fundamentadora. En primer lugar, se echa mano de criterios de responsabilidad objetiva por creación del riesgo, aduciendo que puesto que el Estado declara a los agentes en situación de permanente disponibilidad (art. 5.4 LO 2/1986) para la evitación del delito y les dota para ello de armas y de la facultad de utilizarlas en cualquier momento para tal fin, debe el Estado, consiguientemente, responder por los efectos dañinos que se deriven del riesgo así creado al entregar a sus servidores un arma que puede ser torcidamente usada. Como se dice en la Sentencia, reproduciendo otras anteriores, “aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo derivado del hecho de portarla sí es una consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad”. Como segunda estrategia argumental, siempre que es posible realizan los tribunales una fundamentación de dicha responsabilidad en un principio de culpa. En el caso que examinamos, el guardia había mostrado con anterioridad comportamientos muy irregulares, consistentes en cometer varias faltas por ausentarse de su puesto y haber sido investigado por la desaparición de dos pistolas. Esto permite imputar a la Administración un defectuoso control de quien debe estar sometido a un estricto escrutinio de su equilibrada personalidad, con lo que estaríamos en presencia de un supuesto de culpa *in vigilando*.

Para comprobar si la responsabilidad objetiva por creación de riesgo está operando como fundamento único de la subsidiaria responsabilidad civil del Estado hemos de buscar casos en los que no conste como hecho acreditado que el agente que delinque fuera del servicio en sentido propio hubiera demostrado anteriormente ningún comportamiento o actitud que hubiera debido motivar la investigación de su

personalidad. Nos puede servir a tal efecto el caso decidido por Sentencia del TS, S.2ª, de 14 de octubre de 1991. Dos guardias civiles destinados en Navarra, hallándose francos de servicio, acuden a una discoteca en Irún. Un ciudadano belga que está en ella con unos amigos hace algún comentario que los guardias consideran despectivo. Ambos empuñan entonces sendas pistolas y encañonan a tal ciudadano. Uno de los guardias le dispara apoyándole en la cabeza su pistola, que no era la reglamentaria, sino una de su propiedad para la que tenía licencia y guía, y le causa la muerte instantánea. Después, los dos guardias huyen del lugar. La Audiencia Provincial los condena y establece también su responsabilidad civil, pero no la subsidiaria del Estado. Esto último es corregido por el TS en la sentencia que comentamos, que declara tal responsabilidad subsidiaria. Repárese en que el delito de los guardias, que nada tiene que ver con ningún propósito de protección de la seguridad ciudadana, sino que revela un puro ánimo homicida, viene matizado por dos notas que hacen imposible la fundamentación que de la responsabilidad estatal da la jurisprudencia en otros muchos casos. Por un lado, no hay constancia de que los guardias hubieran dado indicios anteriormente de ningún desarreglo de carácter. Por otro, el delito se consuma con una pistola que no es la reglamentaria del cuerpo, sino otra para la que se poseía licencia. Pues bien, en ese marco, la sentencia alude, como siempre, al carácter permanente del servicio y a continuación expresa lo esencial de su argumento en estos términos: “A partir de las indicadas premisas cobra con probabilidad vigor la doctrina jurisprudencial expansiva de esta Sala en sus más recientes resoluciones. De igual modo que en el ámbito jurídico-privado la existencia del principio de confianza y su derivado de buena fe objetiva enmarca una fuente de responsabilidad, también en el área pública esta especie de «oferta pública de seguridad» enmarcada en esa asignación de servicio permanente ha de conllevar de forma necesaria una contrapartida: la responsabilidad cuasi objetiva por la creación de ese riesgo posible. La responsabilidad de la Administración deviene así desimplicada de toda idea de culpa de la misma en la causación del daño a resarcir, pues deriva únicamente del dato **del mal funcionamiento ocasional del servicio creado** en tales condiciones previamente programadas, de las que la no limitación de horario de prestación no es aislada, ya que a ella se superpone decisivamente **la dotación de armamento instrumental para el cumplimiento de los fines asignados**. En el horizonte próximo de la decisión está la CE como fuente suprema del ordenamiento positivo (art. 5.1 LOPJ) y que ha de inspirar todas las

decisiones jurisdiccionales; y tal norma fundamental dispone en su art. 106.2 que «los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». En resumen, alejado resulta de todo criterio hermenéutico válido con arreglo al art. 3-1 CC pretender que un servicio normativamente ilimitado temporal y medialmente exonera de las responsabilidades derivadas de tan especial estructuración”.

De tan largo párrafo en que se justifica la responsabilidad objetiva, en ausencia de toda culpa de la Administración, fijémonos en dos detalles que en el texto hemos resaltado. En primer lugar, si la responsabilidad del Estado se basa “únicamente” en el “mal funcionamiento ocasional del servicio creado”, forzoso es concluir que todo, absolutamente todo delito que con armas cometa un miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, cae bajo un tal supuesto de mal funcionamiento y engendra la responsabilidad estatal. En segundo lugar, la sentencia ha descrito en la narración de los hechos que la pistola del agente homicida no era la reglamentaria del Cuerpo, sino una particular para la que tenía licencia, pese a lo que menciona como dato esencial sostenedor de la responsabilidad del Estado el que éste dote de armamento. Ciertamente, no resulta muy de recibo, como en más de una sentencia parece que se da a entender, que el dato determinante de esa responsabilidad sea el que la pistola sea la reglamentaria u otra. Pero, por otro lado, con todo lo dicho se ha diluido definitivamente la diferencia entre el policía que delinque mediante un arma y el ciudadano que comete idéntico delito valiéndose de un arma para la que posee licencia válida, concedida, claro, por la Administración. Para plantear más radicalmente la comparación, pongámonos en que el policía comete el delito con una pistola que no tiene legalmente, para la que no ha gestionado licencia, y que el ciudadano no policía comete ese delito con pistola que sí tiene con licencia. Puestos a fundar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en cuál de esos casos es más verosímil imputarle un mal funcionamiento de los servicios públicos?

Se me dirá que quizá de *lege ferenda* sería deseable extender también a casos como el último la responsabilidad estatal, pero que desgraciadamente la dicción del art. 121 CP no lo permite, pues sólo alude a la responsabilidad de la Administración por delitos de sus autoridades, contratados, agentes y funcionarios.

Y puedo estar de acuerdo. Pero replicaría que puestos a ser estrictos en la interpretación, seámoslo siempre, y, puestos a “abrir la mano”, abrámosla en todo caso. Porque tampoco el art. 22 del CP de 1973 mencionaba a los agentes de la autoridad ni a más funcionarios que los docentes y ello no impidió la interpretación extensiva que, bajo la vigencia de dicha norma, permitió tanto sentar la responsabilidad del Estado por los delitos de sus policías como el carácter objetivo de la misma. Al fin y al cabo, continuamente se señala en la jurisprudencia sobre el asunto que la interpretación extensiva, y hasta la analogía, no están aquí vedadas, dado el carácter no penal, sino civil, del antiguo art. 22 y del actual 121CP.

Se replicará que esa responsabilidad por el mal uso que los ciudadanos con licencia de armas hagan de éstas (responsabilidad que también podría basarse en culpa *in vigilando* o *in eligendo*, dados los controles que el Estado debe organizar y trata de organizar para determinar quién puede obtener la licencia) llevaría a una inasumible cascada de indemnizaciones con cargo al erario público. Ciertamente, pero, entonces, ¿por qué “cortar” precisamente donde se corta, por los policías? ¿Por qué, por ejemplo, no sustituir la responsabilidad objetiva por los delitos de los policías por una general responsabilidad por culpa en todo lo que tenga que ver con los servicios públicos relativos a las armas? De ese modo, tal vez el Estado no tendría que responder en casos de guardias como el último que hemos examinado, pero sí lo haría cuando delinquiera con su arma legal el que hubiera obtenido la licencia para ella pese a poseer características que hubieran debido fundar su denegación si los controles estatales funcionaran perfectamente.

Veámoslo aún desde otro ángulo. Repite continuamente la jurisprudencia sobre este tema que el propósito de la asignación objetiva de responsabilidad estatal es el de evitar la indefensión y desasistencia de la víctima, y muchas sentencias tildan ese propósito como “progresista”. Y tal vez lo sea. Pero, puestos a ser progresistas y defensores de los derechos de las víctimas, ¿por qué quedarse a medio camino? Y, más aún, ¿por qué dar pie a algo tan poco “progresista” como la discriminación entre las víctimas? Imaginemos que los ciudadanos A y B son asesinados de modo idéntico, mediante arma de fuego, para robarles. Ambos dejan cinco hijos menores de edad en situación económica muy difícil. En ambos casos el condenado es insolvente. Ahora supongamos que quien mató a A era policía y quien mató a B no lo era, aunque tenía licencia para el arma que usó. La familia de A cobrará íntegra la indemnización, pues la pagará el Estado. La familia de B, no.

Anteriormente aludí al riesgo de que ciertas formas de tratamiento jurídico de las actuaciones policiales implicaran un “etiquetado” de los cuerpos y fuerzas de seguridad perjudicial para su imagen colectiva y el buen desempeño de su función por ser productor de desconfianza en la sociedad. Me atrevo a aventurar, a título de mera hipótesis merecedora de estudio detenido, que la responsabilidad objetiva e independiente de toda culpa del Estado por los delitos de los policías contribuye a tal imagen negativa, pues convierte lo que son delitos de sujetos indeseables, que tienen por oficio el de policías, en mal funcionamiento del servicio público de seguridad. Y una cosa no tiene nada que ver con otra. Al delincuente hay que llamarlo delincuente, no Estado. Y al Estado sólo hay que hacerlo responder como o por delincuente cuando concurra, como mínimo, algún género de culpa. Y esa culpa concurre, como hemos visto, muchas veces en el caso de los delitos cometidos por policías que no deberían ser considerados aptos para el servicio; pero también en muchos otros casos en que no se reconoce responsabilidad estatal. Muchas poses que pasan por progresistas no son sino parches en lo menos para asegurar la impunidad o irresponsabilidad en lo más.

De todos modos, y para acabar, hay que mencionar que el TS ha comenzado una tímida reconsideración de aquella extensísima asignación de responsabilidad subsidiaria al Estado por cualquier delito que sus funcionarios de seguridad comentan con armas. Un buen ejemplo es la sentencia de la Sala 2ª de 5 de julio de 2002, que echa mano, a su vez, del precedente de la misma Sala en su sentencia de 8 de mayo de 1996. En ambos casos los hechos consisten en que un policía dispara en su domicilio a su esposa. Y declara el Tribunal los dos que “la utilización del arma reglamentaria no genera sin más la responsabilidad del Estado, sino que deben excluirse los casos en que el riesgo no sea concreción generada por el sistema de organización del servicio de seguridad, como sucede en el caso de su uso en un ámbito familiar e íntimo en que el agente hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como podría haber utilizado otro tipo de arma”. Por consiguiente, excluyó el Tribunal en las dos ocasiones la responsabilidad subsidiaria del Estado. Lo único preocupante es que tal parece que las excepciones surgen solamente cuando el policía usa su arma en el ámbito familiar, y en particular contra su pareja, y no se hacen en ningún otro

ámbito de su vida privada. Pero ese sería un muy interesante tema para otro estudio sobre riesgo, en concreto, sobre riesgo de perjuicio en la jurisprudencia.