

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

«RESTRICCIONES» JURISPRUDENCIALES AL DERECHO DE DEFENSA: LEGITIMA DEFENSA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

(A propósito de la STS de 2 de febrero de 1990, ponente Ruiz Vadillo)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora titular de la Universidad de Barcelona

I

1. El procesado, Cándido, al bajar precipitadamente al zaguán de la casa, encontró a su hija tumbada en el suelo, porque su ex novio, Serafín, estaba encima de ella golpeándola, apretándole el cuello y poniendo los dedos en la boca para evitar que gritara, besándola y mordisqueándola. En esta situación, Cándido se abalanzó sobre el agresor para evitar que prosiguiera el violento ataque a la integridad física y a la libertad sexual de su hija. En ese instante, Serafín se levantó empuñando una navaja de nueve centímetros de hoja, «... originándose un forcejeo durante el cual Cándido, de sesenta y un años de edad, padre de la joven, sujetó las muñecas a Serafín para evitar ser herido, mientras éste intentaba alcanzar con la navaja al procesado lanzándole navajazos hacia atrás por encima de su hombro izquierdo y por debajo de la axila, en el curso de cuya lucha Serafín resultó alcanzado por los navajazos que el mismo lanzaba y que el procesado, teniéndole sujeta la muñeca derecha, aunque no tenía el propósito directo de acabar con su vida, trataba de desviarle (los navajazos), aceptando con ello que en un descuido de Serafín podría quitarle la vida, sufriendo éste una herida en la cara anterior del cuello, otra en el sexto espacio intercostal izquierdo, que abrió un ojal en el pericardio, se introdujo en el ventrículo derecho del corazón y determinó su fallecimiento».

2. La Audiencia absolvió al procesado, Cándido, del delito de homicidio del que era acusado por concurrir la eximente completa de legítima defensa. La acusación particular recurrió por entender que los hechos aquí relatados no constituían legítima defensa, sino riña que, de acuerdo con la doctrina tradicional de nuestra jurisprudencia (1), excluye la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la acusación particular y ratifica la sentencia de la Audiencia.

3. En la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo analiza la concurrencia de cada uno de los elementos de la legítima defensa. Entiende que el previo, grave e injustificado ataque de Serafín a la hija del procesado constituye, de forma incuestionada, agresión ilegítima por parte de Serafín. Advierte como, del mismo modo, concurre el elemento subjetivo de la defensa en Cándido por «actuar en amparo del bien atacado». Considera inequívoca la necesidad racional del medio empleado, ya que el procesado no utiliza instrumento de agresión alguno, sino que se sirve de la navaja que la «víctima» esgrimía contra él en un nuevo acto de agresión ilegítima contra su propia persona. Por último, pone de manifiesto la ausencia de agresión o provocación por parte de Cándido. Sin embargo, no toma en consideración la posterior agresión de Serafín en la persona del procesado Cándido.

4. La acusación particular alega que Cándido «optó a su vez por atacar, aceptando que en un descuido de Serafín podía quitar la vida al agresor de su hija...». El Tribunal Supremo, acertadamente, responde que ello no desnaturaliza la existencia de legítima defensa y desestima el motivo y el recurso. Hasta aquí sólo hay que objetar, a la resolución del Tribunal Supremo, la omisión de la agresión ilegítima contra la vida de Cándido. Con independencia de ello, otros aspectos de la sentencia se me aparecen como especialmente interesantes. En primer lugar, sorprende que unos hechos, como los aquí relatados, lleguen al Tribunal Supremo, puesto que la falta de relevancia penal de la conducta de Cándido no ofrece duda. La necesidad de defensa se evidencia por sí misma y la racionalidad se desprende, indefectiblemente, del hecho de que, frente a una agresión dolosa, el defensor

(1) Entre las sentencias más recientes que siguen esta línea, *vid.*, por ejemplo, STS 23 de febrero 1990; STS 3 mayo 1990 o STS 30 de enero de 1990, según la cual si hay riña no cabe legítima defensa, aun cuando uno haya comenzado el ataque; sin embargo, otra línea jurisprudencial, del propio TS, distingue algunos supuestos en los que, pese a la existencia de riña, es posible afirmar la existencia de legítima defensa, en este sentido, entre otras, STS 1 marzo de 1990, que se remite a la STS de 20 de septiembre de 1988, admitiendo la posibilidad de la eximente «si entre los contendientes se puede señalar o reconocer al inicial agresor».

actúa de forma que únicamente se podría calificar como imprudente, en relación con la posible muerte del agresor. En consecuencia, me parece, en cierta medida, innecesario el razonamiento del Tribunal acerca de si concurre agresión ilegítima o si existía necesidad racional del medio utilizado. Creo que esta voluntad de motivación, entre otros supuestos mucho más dudosos inexistente, se deriva de la actitud del Tribunal Supremo frente a la legítima defensa. En el mismo sentido, las últimas consideraciones sobre la necesidad de que los Jueces y Tribunales examinen cuidadosamente la situación fáctica de la legítima defensa, ponen de manifiesto, de forma soterrada, la problemática que quiero abordar en este comentario.

II

1. A propósito de esta sentencia pretendo examinar el tratamiento que nuestros Jueces y Tribunales otorgan, en la actualidad, a la legítima defensa. Es éste un tema problemático al que, sin embargo, en España, no se ha dispensado el trato que merece dada su importancia tanto dogmática como práctica (2). Este falta de debate no puede fundamentarse en la ausencia de aspectos criticables en el tratamiento judicial de la legítima defensa (3), ni, desde una perspectiva político-criminal, en la inexistencia de discusión sobre el alcance que tiene o ha de tener esta causa de justificación, de acuerdo con los valores sociales predominantes (4). Desde hace años se viene produciendo una gradual restricción del alcance de la legítima defensa, sin que ello esté justificado en base a una reforma de la regula-

(2) Desde las monografías de Rodríguez Mourullo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del TS*, Madrid, 1976; Magaldi, *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, y Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, sólo se ha vuelto sobre el tema en algunos artículos del propio Luzón Peña. «El doble fundamento de la legítima defensa», *CPC* n.º 3 (1979), pp. 101 y ss.; el mismo, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», *Estudios penales*, Barcelona, 1991, pp. 113 y ss [igual, en *Comentarios a la legislación penal* (Cobo dtor.), t V, 1.º, pp. 223 y ss.); el mismo, «Riña y legítima defensa», *Estudios penales*, Barcelona, 1991, pp. 159 y ss (igual, en *La Ley*, 1989-3, pp. 487 y ss.), y en la obra de Barragán, *La legítima defensa actual*, 1987.

(3) Magaldi, *La legítima defensa...*, p. 275, en sus conclusiones pone de relieve el carácter excepcional y límite de la legítima defensa para la jurisprudencia. A la autora le parece, asimismo, «insostenible» que el Tribunal Supremo restrinja la aplicación de la eximente a aquellos supuestos en que exista proporcionalidad entre agresión y defensa.

(4) El significado y alcance de la legítima defensa se encuentra distorsionado en amplias capas de población debido, en gran medida, al restrictivo trato que los Tribunales y, aun en mayor medida, los Juzgados otorgan a la legítima defensa.

ción vigente sobre legítima defensa [la reforma del art. 8.4 C. P. no justifica esta limitación (5)] ni como consecuencia de una elaboración dogmática y político-criminal (6). La ausencia de una discusión profunda, a todos los niveles, tiene como consecuencia que el problema, que también se suscita en otros países (7), se agrave en España en dos sentidos. Por un lado, porque no se cuestiona la legalidad o ilegalidad de esta actitud restrictiva respecto a la aplicación de la legítima defensa (8), como por el contrario sucede en Alemania (9). A la falta de debate dogmático se une que los grupos casos cuestio-

(5) La Reforma del art. 8.4 por LO 8/1983, de 25 de junio, sólo suprime el último inciso de la definición de agresión a la morada y, al dejar sin contenido los núms. 5 y 6, unifica las tres modalidades de legítima defensa en una sola. Modificaciones éstas que no justifican la interpretación jurisprudencial del art. 8.4, sino que responden a las críticas doctrinales a la distinción legal entre las tres modalidades de agresión.

(6) No sucede lo mismo en Alemania, donde esta problemática ha sido objeto de gran atención, tanto en los distintos Tratados y Comentarios al StGB como en innumerables artículos, ver al respecto la nota 1 del artículo de Roxin, «Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa», trad. Gómez Benítez, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297-324. Con posterioridad, la discusión ha continuado y entre los trabajos más importantes debemos citar, por orden temporal, distintos artículos: Roxin, «Die "sozialistischen Einschränkungen" des Notwehrrechts», *ZStW*, 93 (1981), pp. 68 y ss.; Engels, «Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten», *GA*, 1982, pp. 109 y ss.; Seeman, «Grenzen privater Nothilfe», *ZStW*, 89, pp. 36 y ss., y las monografías de Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 341 y ss.; Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, Berlín, 1984.

(7) En este trabajo tomaremos en consideración exclusivamente el estado de la cuestión en Alemania, por ser el país donde se ha estudiado con mayor profundidad. Sin embargo, la discusión sobre el alcance que deba tener en nuestra sociedad la justificación es centro de interés en numerosos países, sobre este tema ver los trabajos de Derecho comparado efectuados en colaboración entre el Max Planck-Institut de Freiburg y la School of Law de la Columbia University, Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives*, t. I y II, Freiburg, 1988.

(8) Si se plantean esta problemática, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, que en diversos momentos de la obra pone de relieve el carácter ilegal de las restricciones a la legítima defensa, así, por ejemplo, p. 102; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1987, p. 322, fundamenta la posibilidad de restricciones a la legítima defensa en el doble fundamento preventivo que atribuye a la legítima defensa.

(9) El problema de la legalidad y constitucionalidad de las restricciones a la legítima defensa se suscita en todos los trabajos sobre el tema, así, por ejemplo, Hassemer, *Die provozierte Provokation des Notwehrrechts*, Fest. f. Bockelmann, 1979, pp. 225 y ss., p. 227; Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 304-307; Marxen, *Die «sozialethischen» grenzen der Notwehr*, Frankfurt, 1979, pp. 26 y ss.; Courakis, *Zur sozialethischen Begründung der Notwehr*, Baden-Baden, 1978, pp. 80-88; Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung...*, pp. 84-90; Amelung, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *Schünemann, El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 102-103.

dados en Alemania (10), como posibles restricciones a la legítima defensa, no son comparables con la doctrina jurisprudencial española (11).

2. Como afirmábamos en el apartado anterior, en el caso objeto de comentario no cabe poner ningún reparo a las resoluciones de la Audiencia y del Tribunal Supremo, eximiendo de responsabilidad penal al procesado por concurrir legítima defensa. Parece, no obstante, muy discutible, por no decir totalmente injusto, que Cándido, por una conducta no sólo lícita, sino valorada positivamente por el Derecho, deba de sufrir el «castigo» que representa un largo y doloroso proceso penal. «Castigo» desde una perspectiva psicológica inherente a todo proceso penal y agravado, en este caso, por el motivo que le ha conducido a ello: la defensa de su hija, amenazada en su integridad física y en su libertad sexual, y la defensa de su propia vida. «Castigo» también desde un punto de vista económico, por los costes que devenga tanto para el propio sujeto como para el Estado (12).

3. Examinando los hechos probados, que son inequívocos e incuestionados, como pone de relieve la propia resolución del Tribunal Supremo, y que, a mayor abundamiento, no son impugnados por la acusación particular, parece evidente la falta de trascendencia penal de la actuación del procesado, aun cuando no pueda decirse lo mismo de la conducta del sujeto al que el Tribunal califica de «víctima». El comportamiento de Cándido no reviste relevancia penal alguna porque, de los hechos probados, se deduce de forma indubitada que su conducta está justificada por legítima defensa. Existe unanimidad doctrinal, como veremos más adelante, en afirmar que los actos justificados son lícitos y, por tanto, ha de entenderse que no son constitutivos de delito, siendo también doctrina prácticamente unánime que la lesión de un bien jurídico en legítima defensa no está desvalorada. En relación con el problema que, desde mi punto de vista, se suscita en la

(10) Por poner algún ejemplo, Stuttgart, *DRZ*, 49, 42, no considera legítima defensa el disparar a matar al ladrón de un frasco de jarabe de valor de 0,10 DM; Bay, *NJW*, 54, 1377, no se considera cubierta por la legítima defensa la defensa del derecho de prenda sobre una gallina dando un golpe de hacha en la cabeza del atacante.

(11) Así, por ejemplo, STS 1 marzo 1990, un sujeto amenaza con un palo a quien le ha robado un tornillo y le pide que se lo devuelva, se entabla una discusión durante la cual el sustractor saca una navaja con la que amenaza al defensor, lo que provoca la respuesta de éste descargando un golpe con el palo en el brazo del agresor. Para el TS en este caso falta proporcionalidad.

(12) En este sentido, Kratzsch, «Prävention und Unrect —eine Replik—», *GA*, 1989, pp. 49 y ss.; pp. 51 y ss., entiende que la postulada orientación del injusto penal a finalidades preventivo-generales supone una limitación fundamental a la tarea de protección de bienes jurídicos y que la Constitución obliga al Derecho Penal a cumplir la labor de protección encomendada, de forma que la finalidad de la norma se realice de una forma óptima, es decir, con los mínimos costes —económicos, humanos y sociales.

sentencia objeto de comentario, esta premisa ha de ponerse en relación con la norma prevista en el artículo 637 LECr., 2.º, según la cual procede el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito. ¿Puede decirse realmente que en virtud del principio acusatorio, los Tribunales están obligados a continuar con el proceso en estos casos o, por el contrario, de acuerdo con la ley y los principios constitucionales, es posible dictar el sobreseimiento libre? (13).

III

1. En la fase de investigación sumarial, la Policía, los Jueces y los Tribunales consideran los hechos desde una perspectiva absolutamente *ex post*, lo que, en los comportamientos efectuados en legítima defensa, conduce a calificar de «víctima» al sujeto que ha sufrido lesiones en su integridad física y a procesar al causante de estas lesiones (14). Por otro lado, la consideración *ex post* de los hechos, desde una perspectiva procesal, conlleva que se considera «suficiente indi-

(13) De acuerdo con el proceso penal alemán, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 20 ed., München, 1987, pp. 238-239, entiende que para justificar el inicio de un proceso penal «la sospecha de comisión de un hecho *punible*», prevista en el § 160 StPO para el inicio de la investigación, debe de ser de una intensidad suficiente, de acuerdo con el § 152, 2, StPO, por lo que para la apertura del proceso se exige que existan «suficientes indicios fácticos». Sin embargo, en España el legislador, que rechazó el sistema alemán para forzar la acusación, desvirtúa el principio acusatorio, Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pág. XXVI; en este sentido, Ramos Méndez, *El proceso penal*, Barcelona, 1988, p. 261, critica la regulación legal del procedimiento ordinario por delito, por considerar que esta ley tiene una preocupación obsesiva por evitar el sobreseimiento aun a riesgo de la inutilidad del juicio oral, afirmando: «El sistema es de verdadera persecución recalcitrante, hipervalorando el principio acusatorio.»

(14) En este sentido, creo que es explicativa la STS de 14 de marzo de 1990, en la cual se condena a José H. M. como autor de un delito de lesiones, con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa y al pago de una indemnización a la «víctima» de 604.000 pesetas por los días que estuvo incapacitado, y otra de 250.000 pesetas por la «secuela» ocasionada. La lesión consistió en la fractura de un brazo y la «secuela» en la necesidad de realizar ejercicios de recuperación para alcanzar el movimiento total del brazo. Los hechos, según la sentencia, consistieron en que el acusador, de treinta y tres años, «agarró al padre del procesado, de setenta y cuatro años, le propinó un puntapié y le continuaba maltratando físicamente; sin que aparezca incitación del defensor». El acusado, de cincuenta y tres años, salió con un palo en defensa de su padre golpeando al agresor en el brazo. Con independencia de que considero muy discutible, como veremos, que no estemos frente a una legítima defensa completa y que calificarla como incompleta es una restricción a la legítima defensa que vulnera el principio de legalidad, si realmente los Tribunales quieren llevar hasta el final el cumplimiento del principio acusatorio no sólo se debía de haber procesado a José, sino también a Antonio, ya que de los hechos aparece como indubitado que su conducta constituye una tentativa de lesiones dolosas.

cio de criminalidad», exigido por la LECr. para incoar un proceso, la existencia de un resultado lesivo, por entender la tipicidad como mero «desvalor del resultado», cuando ello sólo tendrá relevancia penal en aquellos supuestos en los que éste se encuentre relacionado con una conducta en la que puedan apreciarse indicios de antijuricidad o ilicitud (15). Ello viene avalado por el hecho de que, desde la perspectiva procesal, delito, infracción penal o criminalidad, se interpreta como tipicidad, es decir, proceso penal igual a «enjuiciamiento de conductas tipificadas», en lugar de «enjuiciamiento de conductas penalmente relevantes» (16).

2. La actitud de los Tribunales y, en particular, la de los Juzgados de Distrito y de Instrucción, frente a los supuestos de legítima defensa, ha llevado a una gran confusión en la sociedad sobre el contenido legal y la función de la legítima defensa. Existe un enorme desconcierto sobre cuándo y cómo una persona se puede defender o defender a un tercero, lo que conlleva, inevitablemente, una situación de desamparo de quien es atacado. En la práctica judicial la legítima defensa ha perdido sus claros contornos y, en consecuencia, las soluciones de los casos son arbitrarias (17). Esta situación cuestiona el fundamento individual de la legítima defensa, y vacía de contenido el fundamento supraindividual, la función preventiva, tanto desde la perspectiva de afirmación del Derecho como de intimidación (18). En la sentencia aquí examinada, en sus últimas consideraciones, el Tribunal alude a la necesidad, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, de interpretar los preceptos del Ordenamiento de acuerdo con la *realidad social* (19), poniendo esto en relación con la voluntad de res-

(15) La doctrina española absolutamente mayoritaria entiende que la conducta realizada en legítima defensa es lícita y más aún que el resultado lesivo producido con la conducta decisiva no está desvalorado. En este sentido, entre otros, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 92-93 y 124, entre otras; Cerezo Mir, «Curso de Derecho Penal español», *PG*, I, 3.ª ed., Madrid, 1987, p. 419; Cobo/Vives, «Derecho Penal», *PG*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pp. 353 y 383; Gómez Benítez, *Teoría...*, p. 282; Mir Puig, «Derecho Penal», *PG*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 447.

(16) Por todos, *vid.* Ramos Méndez, *El proceso penal...*, pp. 60 y ss.

(17) En este sentido, en relación con la situación de la práctica judicial alemana, Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, p. 19.

(18) Sobre el doble fundamento de la legítima defensa, *infra*. VI, 1.

(19) En el ámbito de la legítima defensa el primer problema que se suscita es saber realmente cuál es la valoración social de este derecho. Creo que, en gran medida, han sido las actuaciones judiciales las que han llevado a que amplios sectores sociales estimen que la defensa frente a una agresión sólo en contadas ocasiones está permitida. A esta situación ha coadyuvado la prohibición, en España, de poseer y utilizar determinados instrumentos de carácter puramente defensivo, como son, por ejemplo, los *sprays* paralizantes. En el mismo sentido, una de las causas de la proliferación de las llamadas «patrullas ciudadanas», en Valencia, Madrid o Barcelona, puede verse en la situación de indefensión en que se encuentra el ciudadano frente a las agresiones. Entiendo que

tringir el llamado «derecho de defensa» (20), propio de la legítima defensa. Estoy plenamente de acuerdo con la necesidad de una interpretación de los preceptos legales a la luz de las valoraciones sociales dominantes, ya que esto es lo que se persigue con una dogmática realista elaborada de acuerdo con las orientaciones de política criminal (21). Lo que, sin embargo, no parece tan evidente es que la interpretación del artículo 8.4 del C. P., atendiendo a la realidad social, conduzca a determinadas restricciones de la legítima defensa, ni que dichas restricciones no constituyan, en muchos casos, analogía contra reo y no mera interpretación teleológica de los preceptos legales, por lo que sólo serían admisibles, en su caso, como propuestas de *lege ferenda* (22). El ámbito de la legítima defensa hay que buscarlo a través de un examen de los problemas del injusto, que están en una relación funcional con el correspondiente tratamiento de los problemas de la justicia y, en consecuencia, con el correspondiente pensamiento del pueblo, sus opiniones o valores culturales vigentes y su postura frente al Estado. No hay que olvidar, sin embargo, que el ámbito de la legítima defensa se encuentra vinculado con la posibilidad de intervención del Estado, para la defensa de bienes jurídicos: la defensa del agredido no puede sobrepasar la medida y la forma en que el Estado está

es mucho más peligrosa para la sociedad esta situación que mantener *efectivamente* la legítima defensa como un *derecho* del ciudadano para defenderse de las agresiones de que sean objeto ellos mismos o terceros. La «realidad social» es algo contingente y, por demás, desconocido. «Contingente» porque varía con el tiempo y en el espacio. «Desconocido», porque cuando se dice que actualmente la sociedad tiene unos valores que rechazan la posibilidad de una defensa ilimitada frente a las agresiones ilegítimas, estamos frente a una afirmación que carece de base contrastada. En este sentido, recordemos únicamente las manifestaciones de comerciantes que se han producido en distintas ocasiones, en la provincia de Barcelona, reclamando mayor posibilidad de respuesta ante los atracos de que son objeto o, por poner un ejemplo, el caso suscitado en 1985, en Nueva York, en el cual en el juicio con jurado se declaró inocente a Bernhard Goetz, que disparó contra cuatro jóvenes negos, en el metro de Nueva York, cuando éstos le pidieron amenazantes cinco dólares. A propósito del supuesto se hicieron encuestas, cuyos resultados aparecían a favor del hombre que se había tomado la justicia por su mano.

(20) Sobre las distintas concepciones de la «defensa» como «derecho», *vid.* por todos, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 93-105, y, en particular, p. 99, en la que afirma que «la legítima defensa es un derecho otorgado, concedido por el orden jurídico al particular».

(21) Mir Puig, *Introducción a las bases de Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 345.

(22) Sobre la prohibición de analogía contra reo, como consecuencia del principio de legalidad, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 95-97, de acuerdo con el principio de legalidad sólo será «... lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación», porque toda interpretación, incluso la extensiva, se mueve dentro del sentido literal posible, mientras que la analogía traspasa esa frontera.

dispuesto a defender un bien jurídico (23). Desde esta perspectiva, se puede poner en relación la actual discusión sobre la innecesariedad de persecución penal de los llamados «delitos bagatela» (24) y uno de los supuestos que la doctrina alemana propone como restricción a la legítima defensa: las agresiones insignificantes (25).

3. Planteada así la cuestión, es necesario realizar un pequeño excursus sobre la actual situación doctrinal en relación con el fundamento y naturaleza de las causas de justificación, en general, y de la legítima defensa, en particular. Desde este punto de partida, se deben de analizar las consecuencias jurídico-materiales de la legítima defensa y la posibilidad de que su naturaleza se sigan secuelas procesales. El hecho de que la legítima defensa pueda tener consecuencias prácticas procesales está íntimamente relacionado, al mismo tiempo, con la larga discusión dogmática sobre la relación entre tipicidad y antijuricidad y las consecuencias que esta relación tiene respecto al principio de legalidad. Sólo a partir de estos presupuestos conceptuales básicos se pueden fundamentar los límites que deben respetar las posibles restricciones de la legítima defensa sin lesionar el principio de legalidad y, en qué medida, el principio acusatorio obliga a la apertura de un proceso penal en los supuestos en que la existencia de legítima defensa se encuentre probada de forma indubitada (26).

IV

1. La naturaleza, fundamento y función de la justificación y la relación entre tipicidad y antijuricidad son determinantes para conocer las consecuencias, de todo tipo, que se derivan de que un hecho típico esté justificado. Ello es así porque la pregunta sobre la función del principio de legalidad en el ámbito de las causas de justificación

(23) Cfr. Courakis, *Zur sozialetischen Begründung...*, p. 34.

(24) En la doctrina alemana se propone, actualmente, sustraer del ámbito penal las lesiones insignificantes de bienes jurídicos; en sentido similar, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 570-571, acude al «principio de insignificancia» para excluir la presencia de un tipo penal en las conductas que revisten escasa gravedad; la moderna política legislativa española también utiliza distintos criterios de oportunidad, entre los que se encuentran los delitos bagatela, para eludir la iniciación del proceso, Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 28.

(25) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 317 y ss.; en este sentido, Lenckner, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 23 Aufl, München, 1988, § 32, 49, califica de *Bagatellangriffen*, las agresiones insignificantes, considerando que éstas no generan un derecho de defensa para el agredido.

(26) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244, aluden críticamente a la llamada «función procesal de la tipicidad», que determinaría que la presencia de una acción típica debería provocar la incoación de un sumario.

no es independiente de la doctrina que sobre el injusto se defienda y, en particular, de la relación entre tipicidad y antijuricidad. Una vez concretados estos principios, se deben de poner en relación con el fundamento y naturaleza de la legítima defensa, para, de este modo, poder decidir, no caso por caso, sino con carácter general, en qué medida son válidas las restricciones a la legítima defensa, es decir, hasta qué punto lesionan o no el principio de legalidad (27). La doctrina alemana ha tratado de fundamentar la vigencia o no del principio de legalidad en el ámbito de la justificación a través de distintas argumentaciones. Algunos autores tratan de excluir la validez del principio *nullum crimen sine lege* respecto de la Parte General del Derecho Penal. En general, sin embargo, persiguen fundamentar su decisión en el distinto contenido y función que atribuyen al tipo y a la justificación. A partir del postulado anterior se justifica la no vinculación de la justificación al principio de legalidad basándose en esa distinta función del tipo y de las causas de justificación. Por último, otras argumentaciones, aceptando los postulados anteriores, fundamentan la no vigencia del principio de legalidad penal respecto de las causas de justificación, en la unidad del Ordenamiento jurídico. A continuación examinaremos estos argumentos, desarrollados por la doctrina, respecto a la validez, en relación con las causas de justificación, en general, y con la legítima defensa, en particular, del principio constitucional de legalidad penal (28).

2. Un sector doctrinal alemán trata de limitar, de forma relevante, el ámbito de validez del principio constitucional de legalidad, excluyendo la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* respecto de la Parte General del Derecho Penal (29). Esta argumentación parte

(27) Gómez Benítez, *Teoría Jurídica...*, pp. 279-280, entiende que tanto las causas de justificación como los tipos tienen un carácter cambiante —de acuerdo con las valoraciones sociales—, pero siempre dentro de los límites de la interpretación con la finalidad de no infringir el principio de legalidad, lo que considera también aplicable a las restricciones a la legítima defensa.

(28) Sobre la función y el alcance del principio de legalidad previsto en el art. 25, 1.º, Const., existe una numerosa bibliografía, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 86-87. En Alemania, el principio de legalidad está previsto en el art. 103 II, GG.

(29) Cfr. Hardwig, «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 1966, pp. 1 y ss., p. 8; Jagusch, *LK*, 8.º Aufl, Berlín, 1957, § 2, I 1 b bb; Maurach, «Deutscher Strafrecht», *AT*, 4.º Aufl, 1971, p. 111; con ciertas limitaciones, Hruschka, «Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit», *JuS*, 1968, pp. 554 y ss., p. 558, entiende que este principio encuentra muy poca utilidad en la Parte General; en este último sentido, Tröndle, *LK*, 9.º Aufl, Berlín-Nueva York, 1974, § 2, 10; en otro sentido, Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, 1983, pp. 249, 259, 323..., acepta la existencia de elementos de justificación tanto en la Parte General como en la Especial, pero no pretende una distinción formal entre ellas, sino que busca una diferenciación material, según su distinta naturaleza, entre las diversas causas de justificación, sea cual sea su ubicación en el Código.

de una premisa falsa, como lo es afirmar la existencia de una frontera o separación exacta entre la Parte General y la Especial, lo que aparece en muchos casos como imposible y que, además, es dogmáticamente incorrecto. Es imposible, porque, junto a las causas de justificación genéricas, previstas en la Parte General, existen otras específicas, que se ubican en la Parte Especial (30). En consecuencia, aceptar la vigencia del principio de legalidad penal exclusivamente para las causas de justificación, previstas en la Parte Especial, supondría una contradicción insoportable (31). Y es dogmáticamente incorrecto porque la norma jurídico penal surge de la puesta en relación de los enunciados legales de la Parte Especial y General del Código Penal (32).

3. La doctrina mayoritaria responde a la pregunta sobre la función del principio de legalidad, en el ámbito de las causas de justificación, a partir de la doctrina del injusto y, en particular, de la relación entre tipicidad y antijuricidad. A este respecto, pese a las discrepancias doctrinales-en relación con el contenido y función de tipo y antijuricidad y la relación entre tipicidad y antijuricidad, es posible constatar la existencia de un cierto grado de acuerdo. Reina, en la doctrina penal, conformidad en afirmar que sólo el hecho antijurídico está prohibido y que la concurrencia de una causa de justificación determina que la realización de un tipo penal no sea antijurídica, es decir, el hecho típico justificado no es ilícito (33). En cierta medida, la armonía preside también la concepción del tipo como fundamentador del contenido material del injusto (34). A partir de ese principio de acuerdo, las posiciones se separan. Para la que podríamos considerar doctrina tradicional, el tipo configura el núcleo de lo prohibido —injusto—; injusto que,

(30) La existencia de causas de justificación en la Parte Especial es algo que en Alemania no se discute, por todos, *vid.* Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 501 y ss. En España, aun cuando también existen, es un tema que se ha abordado en contadas ocasiones, en este sentido, Cerezo Mir, *Curso I...*, pp. 404-405, pone algunos ejemplos de causas de justificación específicas, previstas en el Libro II del C. P.

(31) Cfr. Bitzilekis, *Die neue Tendenz zur Einschränkung...*, pp. 85-86.

(32) Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 32-33, los enunciados legales del Código son siempre incompletos, en cuanto a su contenido, por lo que la norma jurídico penal surge de «la puesta en relación de varios enunciados legales».

(33) *Vid.*, por todos, Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 128; Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 353; Cerezo Mir, *Curso I...*, p. 405; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1981 (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), pp. 440 y ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, pp. 51 y 80; Stratenwerth, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, 1956, pp. 41 y ss., p. 71.

(34) Jescheck, *Tratado...*, pp. 333-334; Cerezo Mir, *Curso I...*, pp. 318-320; en sentido similar, con ciertas matizaciones, Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 126 y ss.; Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244.

en un segundo nivel, se concreta a través de la existencia o no de causas de justificación que excluirán o no, en el caso concreto, la prohibición. Según esta doctrina, el ordenamiento jurídico «no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados presupuestos (35). De la distinta naturaleza que se predica respecto de los elementos típicos y los elementos de la justificación se deriva, a su vez, que la dogmática de la justificación sigue otras reglas que la del tipo. En el nivel de la antijuricidad se confirmará o excluirá, en concreto, el injusto que se encontraba, en abstracto, contenido en el tipo, de acuerdo con criterios valorativos del global ordenamiento jurídico. Entender las causas de justificación como «permisiones» «permite», a algunos defensores de esta doctrina, afirmar que las causas de justificación no son normas específicamente jurídico-penales y que, en consecuencia, el principio de legalidad pierda su vigencia en el ámbito de la justificación o, en otras palabras, el principio *nullum crimen sine lege* (36) no rige en el nivel de la justificación (37).

4. Separándose del planteamiento anterior, un sector doctrinal, los defensores de la llamada «teoría de los elementos negativos del tipo», sustentan que los elementos de justificación no se diferencian de modo esencial de los elementos típicos. En consecuencia, los elementos de justificación exigen el mismo grado de determinación y concreción que los elementos típicos, de lo que se deriva que ambas clases de elementos están sometidos al mandato de determinación (38). No obstante, algunos partidarios de esta teoría la matizan en el sentido de diferenciar dentro del tipo total del injusto entre los elementos típicos que fundamentan el injusto —*unrechtsbegründenden*— y los que lo excluyen —*unrechtsausschließenden*—, limitando

(35) Entre otros muchos, Jescheck, *Tratado...*, p. 441; Cerezo Mir, *Curso I...*, p. 403; Welzel, *Strafrecht...*, p. 80.

(36) Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, pp. 285 y ss., entre otros, en lugar de referirse, en este sentido, a este aspecto del principio de legalidad lo hace respecto del de *nulla poena sine lege*.

(37) En este sentido, Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, 1977, pp. 232 y ss.; en contra, Engels, «Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten», *GA*, 1982, p. 120; Hillenkamp, *Vorsatz und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, pp. 167 y ss.; Kratzsch, «Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als grenze des strafrechtlichen Notwehrrecht», *JuS*, 1975, pp. 435 y ss.; Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297 y ss., p. 305, aun cuando afirma que la vigencia del principio de legalidad en el ámbito de la justificación no impide ciertas restricciones a la legítima defensa.

(38) Mayer, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Köln*, p. 202, que deduce de ello que cualquier restricción a la legítima defensa implica una infracción del mandato de determinación y sólo se puede defender de *lege ferenda*, desde una perspectiva político-criminal.

la función de garantía a los primeros (39). De ello, se sigue, que los valores del tipo configuran el núcleo del injusto, que en un segundo nivel se fundamenta a través de la existencia o no de una causa de justificación que excluya o complete el injusto (40). Desde esta perspectiva, el principio de legalidad rige también para la justificación, aun cuando la interpretación jurídica sea más libre en el ámbito de la justificación que en el ámbito del injusto típico (41). Esta concepción está claramente representada en la postura de Roxin, que, aun cuando defiende la vigencia del principio de legalidad en el ámbito de la justificación (42), entiende que mientras el tipo está estrictamente ligado al principio *nullum crimen*, en la justificación operan distintos principios materiales que tratan de buscar soluciones que sean acordes con las finalidades de política-criminal y la sistemática dogmática (43).

5. La distinta naturaleza que se predica, por la doctrina tradicional, del tipo —norma de prohibición— y de las causas de justificación —norma permisiva—, lleva a determinados autores a concluir que el principio de legalidad penal no tiene vigencia en el nivel de justificación (44). Desde las posturas que defiende la naturaleza estrictamente jurídico-penal, tanto de los elementos típicos como de los de justificación, se fundamenta la mayor libertad de interpretación en el ámbito de la justificación, en base a la distinta función que se atribuye al tipo —función de garantía— y a la justificación —función de solución de conflictos sociales— (45).

(39) Engisch, «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Fest. Mezger*, 1954, pp. 127 y ss., p. 129; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg, 1959, pp. 174 y ss.

(40) En este sentido, Engisch, *Fest. Mezger*, pp. 127 y ss., p. 129; Kaufmann, Arthur, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», *JZ*, 1954, pp. 653 y ss., p. 656; Roxin, *Offene Tatbestände...*, pp. 174 y ss. En España defienden esta postura, entre otros, Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1980, p. 141, n. 32; Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 128-129 y 157-158; Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 251, n. 443.

(41) Por todos, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), pp. 297 y ss., p. 305.

(42) Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 305, «sólo una concepción que extraiga las restricciones ético-sociales a la legítima defensa de los límites inmanentes desde un principio a dicho derecho puede ser válida como interpretación de la ley y, además, evitar el reproche de constituir una libre creación del Derecho, anticonstitucional...».

(43) Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª Aufl., Berlín-Nueva York, 1973, pp. 15 y ss.

(44) *Vid.* n. 39 y supra IV, 3, de acuerdo con la doctrina tradicional sobre la relación entre tipicidad y antijuricidad, el principio de legalidad pierde su vigencia porque la distinta función de los elementos de justificación se deriva de la distinta naturaleza que a éstos se les atribuye.

(45) Roxin, *Kriminalpolitik...*, p. 24, afirma que con las causas de justificación se introducen «... los dinámicos cambios sociales en la doctrina penal»; en otro sentido, Amelung, *Contribución a la crítica...*, p. 101, entiende que la función de solución de conflictos corresponde tanto al tipo como a la justificación, pero entiende que la solución de

Entre estas dos posturas, que en principio podríamos calificar de opuestas, se puede, no obstante, encontrar un cierto nivel de acuerdo. La conformidad surge a partir del principio de unidad del Ordenamiento jurídico, que constituye doctrina absolutamente mayoritaria en Alemania (46), de donde se llega al concepto unitario de antijuricidad y de ahí a la universalidad de las causas de justificación. De estas premisas se sigue que el contenido y límites de una causa de justificación es flexible en la medida en que realice en concreto, en último término, el Ordenamiento jurídico como un todo y de esa forma se ajuste siempre al flujo dinámico de la vida social (47). Esta argumentación puesta en relación con el mandato de determinación —*lex stricta*—, como aspecto material del principio de legalidad, conduce a afirmar que respecto de la justificación no es necesaria una exhaustiva especificación o tipificación de todas las causas de justificación, porque ello no es técnicamente posible, ni tiene sentido político-jurídicamente (48) (49). A mayor abundamiento, se afirma que las causas de exclusión del injusto previstas en el Código Penal pretenden tener validez en el global ámbito del Derecho, de lo que se deriva: *a*) la sujeción del estado de necesidad penal —§ 34 StGB— y del estado de necesidad civil —§ 904 BGB— a las estrictas exigencias del principio de legalidad supondría una relevante ampliación del mandato de determinación fuera de los límites y necesidades del Derecho Penal, y *b*) el tratamiento diferenciado de una misma causa de justificación tendría como consecuencia una división de la antijuricidad que estaría en contradicción con el principio de unidad del Ordenamiento jurídico (50). En consecuencia,

conflictos en el tipo tiene naturaleza político-criminal, mientras que la solución de conflictos propia de la justificación no atiende específicamente a fines jurídico-penales.

(46) En este sentido, por todos, Lencker, en *Schönke/Schröder*, Vor § 32, 27, con referencias doctrinales.

(47) Llegando, por otra vía, al mismo resultado que Roxin alcanzaba basándose en al función que atribuye a la justificación, vid., n.º 46.

(48) Jescheck, *Tratado...*, p. 447, admitiendo este planteamiento, lo matiza en el sentido de que «el legislador debería de cuidar de prever en lo posible las causas de justificación».

(49) Esta argumentación olvida que también respecto del tipo es, en muchas ocasiones, imposible una exhaustiva especificación y, más aún, que una regulación casuística, como, por ejemplo, sería en España la de las falsificaciones, es muy criticable como técnica legislativa. Pero es que además, incluso un tipo aparentemente tan determinado como el de homicidio no lo es tanto, ¿cuándo podemos decir que alguien ha matado?, pensemos al respecto en las posibles modalidades de homicidio en comisión por omisión, que varían conforme a la concepción de la omisión o de la posición de garante que se defienda.

(50) En contra de este planteamiento, Hillenkamp, *Vorsatztat...*, p. 167 y ss., que rechaza cualquier restricción de la legítima defensa, por considerarla anticonstitucional, infringiéndolo del § 103 II Const. —que regula el principio de legalidad—, que suprime en determinados casos la unidad del Ordenamiento jurídico; análogo, Engels, *GA*, 1982, p. 120.

es lícita tanto la admisión de causas de justificación supralegales, como la restricción de causas de justificación ya existentes (51).

II

1. Negar la vigencia del principio de legalidad, en el ámbito de la justificación, en base a su naturaleza no específicamente penal, que se infiere de la universalidad de las causas de justificación, y, en consecuencia, considerar contradictorio que, por ejemplo, el estado de necesidad penal esté constreñido por el mandato de determinación y el civil no, me parece inconsistente. La existencia de normas que contemplan supuestos análogos, desde distintos sectores del Ordenamiento jurídico no es algo exclusivo de la justificación. En relación con la tipicidad, pensemos, por ejemplo, en las injurias o los daños, que pueden tener naturaleza civil o penal o en la protección del medio ambiente y de las infracciones tributarias, de naturaleza penal o administrativa según los casos. En todos estos supuestos, los defensores de la postura anterior, no pueden negar, que los comportamientos a los que se atribuya naturaleza penal estarán presididos por el principio de legalidad, con todas sus consecuencias. Es decir, pese al principio de unidad del Ordenamiento jurídico no es posible negar la existencia de principios de rango constitucional, que afectan particularmente a determinados sectores de éste. El principio de unidad del Ordenamiento jurídico no excluye la posibilidad de que en cada uno de los sectores de este ordenamiento rijan determinados principios específicos del respectivo ámbito. El principio de unidad del Ordenamiento tiene como finalidad evitar que existan contradicciones entre la regulación de un determinado problema en un sector del ordenamiento respecto del tratamiento del mismo tema en otro. Por lo demás, el principio de unidad se ha de poner en relación con el principio de subsidiaridad, a carácter de *última ratio* del Derecho penal (52), en base al cual, si bien es cierto que algo lícito en el ámbito civil o administrativo debe de serlo también en lo penal, estas proposiciones no pueden invertirse. No es cierto, por tanto, que la falta de relevancia penal de determinados comportamientos excluya la posibilidad de que sean relevantes en otro ámbito. Habrá que concluir, por tanto, que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico obliga, únicamente, a que lo permitido por el Derecho civil o administrativo también debe de estarlo en el ámbito del Derecho penal, pero

(51) Cfr. Eser, *Schönke/Schröder*, § 1, 31; en contra Kratzsch, *JuS* 1975, pp. 435 y ss.

(52) Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 98, lo propone como límite al *Ius Punienti* en un Estado social; con más argumentaciones, Mir Puig, *Introducción a las bases...*, pp. 125-128, el principio de subsidiaridad obliga a que el Estado sólo pueda acudir a las sanciones penales cuando otras medidas, civiles o administrativas, no sean suficientes.

no al contrario. En relación con el problema aquí examinado, el principio de legalidad no es obstáculo para la admisión de causas de justificación supraliberales (53), que conducen a *castigar menos*, pero sí constituye un impedimento o, al menos una gran limitación, respecto de la restricción de causas de justificación legales, ya que ello implica *castigar más*, al calificar de penalmente relevante un comportamiento que según el Código Penal es lícito. A esta conclusión se llega poniendo en relación la posibilidad de ampliación o restricción de las causas de justificación con un concreto aspecto del principio de legalidad: la prohibición de analogía, que sólo alcanza a aquélla que perjudica al reo (54), por lo que las restricciones a una causa de justificación legal que excedan de los límites de la interpretación extensiva serán contrarias a la prohibición de analogía *in malam partem* y, en consecuencia, anti-constitucionales por oponerse al principio de legalidad. En la misma dirección, considero que afirmar que el mandato de determinación tiene mayor vigencia en el ámbito del tipo que en el de la justificación tampoco es totalmente válido. Es cierto, que no es posible especificar y tipificar exactamente todos las posibles causas de justificación y su ámbito estricto, pero este problema no es exclusivo de la justificación, ya que se suscita también respecto de los tipos de la Parte Especial (55), y mucho más respecto de los preceptos de la Parte General (56).

2. Fundamentar la existencia de una mayor libertad de interpretación en el nivel de la justificación, en base a la función de solución de conflictos sociales que se asigna a ésta no me parece acertado, en varios sentidos. Por un lado, la función de solución de conflictos sociales no es exclusiva de la justificación sino que también afecta al tipo (57). En los tipos no se castigan todas las modalidades de ataque

(53) El planteamiento aquí expuesto es en Alemania doctrina absolutamente mayoritaria y está dirigido, básicamente, a justificar la existencia de causa de justificación supraliberales, por todos, Jescheck, *Tratado...*, pp. 445-447; en España, la jurisprudencia niega esta posibilidad en base al art. 2, 2.º CP, al igual que algunos autores como, Córdoba Roda, «Comentarios al Código Penal», I, pp. 58 y ss.; Cobo-Vives, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal* (Dtor. Cobo), I, Madrid, 1982, pp. 202-203, consideran que la analogía *in bonam partem* se opone a las exigencias de taxatividad y reserva de ley, derivadas del principio de legalidad; en la doctrina, se manifiestan claramente a favor de su admisión; Mir Puig, *Introducción...*, pp. 316 y ss.; Cerezo Mir, *Curso...*, I, pp. 174 y 404-405.

(54) Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 95 y ss., entiende que la analogía en cuanto favorezca al reo no choca con el sentido de límite garantizador que caracteriza al principio de legalidad; en el mismo sentido; Cerezo Mir, *Curso...*, I, pp. 171 y ss., entiende que sólo la analogía *in malam partem* es contraria al principio de legalidad.

(55) Vid. *Supra*, n.º 50.

(56) Pensemos únicamente en dos puntos: la tentativa y la autoría.

(57) Cfr. Schaffstein, «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht», Fests. für R. Schmidt, 1936, pp. 49 y ss.

a un bien jurídico-penal sino, únicamente aquéllas más graves. La existencia de tres principios del Derecho Penal, o límites del *Ius puniendi*, como son: el principio de subsidiaridad, el carácter fragmentario y el principio de intervención mínima, determinan que: 1.º) sólo se protegen los bienes jurídicos penales; 2.º) sólo se protegen respecto de las formas de ataque más graves, y 3.º) sólo se protegen en tanto en cuanto su protección no entre en conflicto con la protección de otros bienes jurídicos. Los tipos no castigan, en abstracto, toda puesta en peligro de un bien jurídico, sino, únicamente, en tanto en cuanto esta protección constituya un interés predominante que justifique la imposición de una pena (58). En segundo lugar, cabe advertir que las causas de justificación tienen una finalidad idéntica a la de muchos elementos previstos en los tipos, que tratan de limitar, en concreto, el alcance de la protección penal; en otras palabras, limitar la protección de bienes jurídicos en base a la existencia, en el caso concreto, de otros intereses predominantes, al igual que sucede con las causas de justificación (59). En definitiva, tanto en el tipo como en la justificación se trata de delimitar, de entre todas las formas posibles de puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos, aquéllas que el Derecho considera penalmente desaprobadas. Entender la antijuricidad material como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no significa que estén penalmente desaprobadas todas las lesiones de bienes jurídicos. El contenido de la antijuricidad material —principio de lesividad «*nullum crimen sine iniuria*»—, se ha de poner en relación con el principio de legalidad —*nullum crimen sine lege*—, de lo que se concluye que sólo será antijurídica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico cuando esté prohibida por una ley penal.

3. Concebir como finalidad específica de la justificación, en su totalidad, la solución de conflictos sociales (60), aún cuando sea parcialmente cierto, no sirve como criterio eficaz para la interpretación del contenido y límites de cada causa de justificación (61). La solu-

(58) El tipo no tiene una función exclusivamente de garantía, sino que, fundamentalmente, la creación de un tipo debe de obedecer a finalidades político criminales. El tipo ha de cumplir con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en consecuencia, un tipo que no tenga eficacia para la protección de un bien jurídico, o que no sirva a la protección de algún bien jurídico carece de justificación.

(59) Así, por ejemplo, art. 600, 1.º, los daños imprudentes sólo se castigan si exceden de la cuantía del seguro obligatorio; art. 489 ter, deber de socorro siempre que no haya riesgo propio ni de tercero; al igual que en el art. 338 bis, respecto del deber de impedir determinados delitos; art. 349, las infracciones tributarias sólo serán delito fiscal cuando excedan de 5.000.000 de pesetas.

(60) Vid. *Supra*, IV, 4.

(61) En España, han defendido la colisión de intereses, como base de la legítima defensa, por ser una causa de justificación, Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa...*, 6, pp. 64 y ss.; Magaldi, *La legítima defensa...*, p. 79.

ción de conflictos sociales no es útil en la medida en que esta finalidad es propia también del tipo. No es eficaz, además, por su falta de concreción, ya que no es posible encontrar una finalidad que, en igual medida, comprenda el fundamento de todas las causas de justificación (62): la función de solución de conflictos sociales es algo demasiado amplio. El fundamento, y la consiguiente función, de la legítima defensa y del estado de necesidad no es igual, aun cuando existan aspectos comunes, como puede ser la finalidad de solución de conflictos sociales, propia, por otro lado, también de los tipos. Por consiguiente, en orden a interpretar el significado y límites de los elementos de cada causa de justificación habrá que partir del fundamento específico de cada una de ellas.

4. Resumiendo, partiendo de: la naturaleza específicamente jurídico-penal de las causas de justificación; de su función de límite de la prohibición (indiciariamente prevista en el tipo) —el hecho justificado no es jurídicamente neutro o indiferente, sino jurídicamente positivo (63)—; del significado del principio de legalidad, y del principio de subsidiariedad del Derecho Penal, cabe afirmar que las restricciones a la legítima defensa sólo serán válidas en tanto en cuanto se mantengan dentro de los límites de la interpretación y no constituyan analogía (64). Por interpretación se ha de entender la «búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su *sentido literal posible*» (65). De las mismas premisas, podemos deducir, a su vez, que la libertad de interpretación en el ámbito de la justificación no tiene porque ser distinta de la que existe en otros niveles del delito: los valores sociales predominantes, la realidad social, afecta tanto a la interpretación de los tipos como a la de las causas de justificación: en ambos casos la interpretación ha de ser «*secundum legem*» y no «*praeter*

(62) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 75 y ss., examina críticamente distintos intentos doctrinales de encontrar un fundamento general, válido para todas o casi todas las causas de justificación. dentro de estas teorías generalizadoras, Luzón las clasifica, creo que con razón, en dos grupos: la teoría del fin y las teorías de la colisión de intereses. Dentro de este último grupo sitúa las teorías de la colisión de intereses o de bienes; la ponderación de intereses; el principio del interés preponderante, por entender que todas ellas responden a una idea común: la de que en cualquier causa de justificación se enfrentan intereses o bienes jurídicos y hay que elegir entre ellos. La teoría de Roxin, «solución de conflictos sociales», responde básicamente al mismo principio, pero desde la perspectiva de los fines de la pena: fundamento de la justificación es su función de solución de conflictos sociales.

(63) Stratenwerth, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZstW*, 1956, pp. 41 y ss. p. 41.

(64) Bacigalupo, «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2 (1983), pp. 13 y ss., pp. 28 y ss., no admite esta distinción, por entender que no cabe diferenciar, estructuralmente entre interpretación extensiva y analogía.

(65) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 95.

legem» (66). En la interpretación teleológica de los límites de una causa de justificación no es factible partir de un fundamento común al nivel de la justificación, sino, por el contrario, de los fundamentos específicos de cada una de las causas de justificación. Por consiguiente, sería mejor hablar de «interpretación teleológica» de la legítima defensa, acorde con los fines que en la actualidad se le atribuyen, dependientes de los fines asignados al Derecho Penal en cada momento histórico, en lugar de hacerlo de «restricciones ético-sociales».

VI

«Restricciones teleológicas», «restricciones ético-sociales» y «restricciones» jurisprudenciales

1. Los límites de la legítima defensa no pueden fundamentarse en meras consideraciones, siempre fluctuantes, de política-criminal. La posibilidad de desarrollo de los principios político-criminales está constreñida por la regulación legal, por la letra de la ley (67). El fundamento de la legítima defensa ha de ser el punto de partida para la interpretación teleológica de sus elementos legales. A este respecto, hoy día, podemos decir que la doctrina absolutamente mayoritaria defiende el llamado doble fundamento de la legítima defensa (68): 1.º individual: necesidad de defensa de bienes jurídicos en peligro, propios o de terceros; 2.º supraindividual: necesidad de defensa del Derecho. Dentro de este principio de acuerdo existen numerosas variantes, según: a) el contenido que se dé a estos fundamentos; b) el aspecto del fundamento individual o supraindividual a que se refiere cada uno de los autores, y c) según la relación en que se encuentren el fundamento individual y el supraindividual: de igualdad entre

(66) Partiendo del mayor ámbito de libertad interpretativa que atribuye al ámbito de la justificación; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 88, entiende que sí es posible una interpretación *praeter legem* de la legítima defensa, en orden a su restricción, sin que ello lesione el mandato de determinación del § 103 II, Const.

(67) En este sentido, Engisch, *Fest. Mezger*, p. 131; Krey, «Zur Einschränkung der Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern», *JZ*, 1979, pp. 702 y ss., p. 712, entienden que la definición legal del § 32 StGB encuentra sus límites en el § 103 II Const. y no puede ser corregida ni interpretada contra o sobre la voluntad de la ley, de esta forma mantiene su sentido el principio *nullum crimen* en la aplicación del § 32 StGB.

(68) Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 58, advierte como desde finales del siglo pasado aparecen las primeras posturas en este sentido, cuyo número va creciendo posteriormente hasta llegar a convertirse en opinión dominante en la segunda mitad del siglo actual.

ellos o de preponderancia de uno u otro (69). A partir de la consolidación de la prevención general como finalidad del Derecho Penal, comienza a crecer, incesantemente, una corriente doctrinal que, junto la fundamento individual, entiende el fundamento supraindividual de la legítima defensa como «necesidad del *prevalecimiento* del Derecho, del orden jurídico como un todo» (70). Esta concepción del fundamento supraindividual de la legítima defensa supone poner en relación, éste con la teoría de los fines de la pena y de esta forma atribuir a la legítima defensa una función de prevención general, tanto en su acepción de prevención general negativa o intimidatoria —amenaza a los sujetos—, como en la de prevención general positiva o integradora —*prevalecimiento* del orden jurídico— (71). La finalidad de prevención de la legítima defensa se trata de alcanzar a través de la eficacia disuasoria del derecho de defensa. Con la defensa se busca que cada agresor antijurídico tenga que contar con que cada ciudadano puede impedir su plan y rechazarlo con violencia. Al mismo tiempo, con ello, se persigue demostrar a la sociedad que la agresión contra intereses jurídicamente reconocidos se rechaza jurídicamente (72).

2. En principio, parece que de la finalidad de prevención general, que se asigna a la legítima defensa, puedan derivarse numerosas consecuencias (73), sin embargo, el problema reside en determinar cuáles han de ser éstas. Para algunos, las más significativas, en atención a las posibles restricciones ético-sociales (74), podrían ser: a) de

(69) Vid. Algunas de estas variantes en, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 58-61.

(70) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 61-69, con referencias doctrinales sobre los defensores de esta corriente; en el mismo sentido, y con nuevas referencias sobre la situación de la doctrina alemana; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 45 y ss.

(71) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 301 (= *ZStW*, 1981, pp. 68 y ss., p. 75); Felber, «Die Rechtswirksamkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen», München, 1979, p. 99, aluden también a finalidades de prevención especial.

(72) Cfr. Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 65, para el cual, sin embargo, la defensa no tiene la misma función preventivo general que la pena, porque no es seguro que en todo caso una agresión ilegítima reciba respuesta defensiva. La pena es una amenaza segura y la legítima defensa no, porque no es un deber que se siga de forma inmediata de toda agresión y que por ello sea esperado, sino un derecho.

(73) Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 65, 150, 183, 191, 230, 233... entre otras, interpreta el significado y límites de los elementos de la legítima defensa en función de los fines preventivos atribuidos a la legítima defensa; Gómez Benitez, «Teoría jurídica...», p. 316, deduce, del doble fundamento de la legítima defensa, que ésta no está sometida al principio de proporcionalidad, en el sentido de ponderación de intereses, propio del estado de necesidad, y que las restricciones ético-sociales se pueden derivar de sus propios fundamentos.

(74) Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, pp. 35-38, crítica a la doctrina mayoritaria por entender que atribuir, por un lado, finalidad de «prevalecimiento» del Derecho a la legítima defensa y luego proponer restricciones ético-sociales es una equi-

la finalidad preventiva de la defensa se sigue la imposibilidad de restringir la legítima defensa en base a la medida de la culpabilidad del atacante (75); *b*) del mismo modo, se afirma que para la legítima defensa no es necesaria una agresión punible (76); *c*) igualmente, se deduce que el elemento de *necesidad racional* de la defensa no implica exigencia alguna de proporcionalidad, en el sentido de ponderación de intereses, sino que sirve únicamente como medida de las respectivas posibilidades de defensa en concreto (77). Sin embargo, un amplio sector doctrinal entiende, que pese a la finalidad preventiva de la legítima defensa o, mejor aún, que en base a las finalidades preventivas son válidas determinadas restricciones. Roxin justifica esta postura afirmando que las necesidades preventivo-generales no son siempre las mismas (78); para otros, las restricciones son posibles por la íntima conexión entre el fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa, de la que se deriva que el Derecho sólo quiere «prevalecer» cuando sea absolutamente necesaria y proporcionada la defensa (79). Junto a ello, la doctrina mayoritaria, busca la restricción de la legítima defensa, a través de una interpretación restrictiva de sus elementos (80), para lo que consideran de utilidad diversos criterios

vocación, porque ello supone que el Ordenamiento jurídico cede frente a una consideración puramente ética.

(75) Sobre este punto, ampliamente, Hirsch, *Die Notwihervoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Fest. Dreher*, pp. 211 y ss., p. 216; en contra, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 230 y ss., piensa que de acuerdo con el argumento preventivo se debería exigir que la agresión fuera culpable, pero que ello iría formalmente contra la letra de la Ley, que habla de agresión ilegítima, equiparable a antijurídica y no a culpable; proponiendo, sin embargo, de *lege ferenda*, la exigencia de una agresión culpable.

(76) Por todos, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 19.

(77) En este sentido, Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, p. 64; con otra fundamentación, Luzón Peña, «Aspectos esenciales...», pp. 72 y ss., que invierte la argumentación anterior, entendiendo que la no exigencia en la regulación legal de la legítima defensa del requisito de la proporcionalidad, confirma que la defensa tiene que fundamentarse en algo más que el simple fundamento individual de la necesidad de protección de bienes jurídicos.

(78) Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), p. 303; en el mismo sentido, Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, p. 315, entiende que las restricciones se deducen de su propio doble fundamento.

(79) Vid. al respecto, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 1a), donde afirma que de la unión de los dos fundamentos de la legítima defensa se deriva, a su vez, que no quepa legítima defensa en los supuestos de ausencia de peligro —tentativa imposible—, porque en ese caso falta el peligro para un bien jurídico y, en consecuencia, falta el fundamento individual; en sentido similar, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 150 y ss.

(80) En particular, la restricción se persigue a través de una interpretación restrictiva del término «Gebotensein», incorporado por la 2.ª Ley de Reforma penal, en cuya Exposición de motivos, se destaca «que el derecho de legítima defensa estaba necesitado de una limitación en base a causas ético-sociales, mediante las que fuesen eliminados los casos que no merecen justificación». Sobre ello, vid., entre otros, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 304-306; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 94-97.

regulativos como: el principio jurídico del «abuso del derecho» (81), que es el más extendido (82), o el principio de exigibilidad, como principio regulativo general (83). La utilización de estos principios generales en el ámbito de las restricciones a la legítima defensa puede dar lugar a que los supuestos de legítima defensa se resuelvan de forma arbitraria lesionando los principios de igualdad y seguridad jurídica (84). En consecuencia, podemos concluir que las restricciones a la legítima defensa sólo pueden ser válidas cuando, de acuerdo con el principio de legalidad, se realicen, exclusivamente, a través de una interpretación de sus elementos tomando en consideración, al unísono (85), su doble fundamento (86).

3. Mientras que en la doctrina existe un elevado nivel de acuerdo sobre el fundamento de la legítima defensa, en la jurisprudencia la situación es distinta (87). Aun cuando en alguna sentencia se afirma que, de acuerdo con la doctrina predominante, la legítima defensa tiene un fundamento doble (88), el significado que éste tiene para la jurisprudencia

(81) Lenckner, *Schönke-Schröder*, K 32, 46, afirma que pese a que la doctrina mayoritaria fundamenta las restricciones en este pensamiento, éste no permite saber en que casos es posible restringir el derecho de defensa.

(82) En este sentido, vid. Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, que considera la posibilidad de restringir la legítima defensa a través del principio del abuso de derecho, como doctrina y jurisprudencia mayoritaria; Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 100-104, examina críticamente esta doctrina y entiende que el principio de abuso de derecho no tiene ninguna utilidad distinta de la que pueda surgir de una interpretación del término «Gebotensein».

(83) Bitzilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 97-100, considera que el principio de exigibilidad sólo puede tener una cierta utilidad en la interpretación del término «Gebotensein» y como punto de vista valorativo de lo que se entiende como ético-social; Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, entiende que el criterio de exigibilidad no sirve en la legítima defensa por no atender al fundamento de defensa del Derecho.

(84) En este sentido, Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, p. 19, entiende que de esta forma la legítima defensa pierde sus claros contornos y las resoluciones son casuísticas.

(85) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 459, expresa muy claramente la estrecha relación en que deben de encontrarse los fundamentos individual y supraindividual de la legítima defensa, cuando afirma que «[...] la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales».

(86) En este sentido, Bizilekis, *Die neue Tendenz...*, pp. 104-108, que entiende que sólo de esta forma es posible una construcción dogmática de las restricciones a la legítima defensa y una utilización, en la práctica jurídica de la legítima defensa, segura y bajo control.

(87) No sucede lo mismo en Alemania, donde también es jurisprudencia unánime el doble fundamento de la legítima defensa con un significado análogo al que propone la doctrina, por todas, vid. *BGH* 24, 356.

(88) Así, por ejemplo, sentencia de 2 de octubre de 1981, «[...] la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección y de afirmación del Derecho, y regida como tal por el principio del interés preponderante».

dencia no es igual al que se proponía, Supra VI, ya que, en la misma sentencia, al final se añade «[...] y regida como tal por el principio del interés preponderante». Por otro lado, en sentencias muy recientes el Tribunal Supremo acude a fundamentos criticados y olvidados por la doctrina: en la sentencia de 3 de enero de 1990, fundamenta la legítima defensa en la imposibilidad de acudir a los Tribunales: «[...] imposibilidad de acudir a la protección del Estado como titular del monopolio de los medios violentos... tácita delegación de los poderes coercitivos públicos» (89). En otras sentencias considera, en relación con el fundamento de la legítima defensa, algunas de las teorías generalizadoras, que buscan un fundamento común para todas las causas de justificación en el conflicto de intereses (90). Así, por ejemplo, en unas fundamenta la legítima defensa en el principio del interés preponderante del que es agredido injustamente (91), mientras que en otras, como en la sentencia objeto de este comentario, se refiere a la existencia de un conflicto de intereses (92), todo lo cual induce a confundir la legítima defensa con el estado de necesidad (93). Esta confusión se advierte claramente en la sentencia de 1 de abril de 1990, donde se afirma, literalmente: «[...] aunque no sea necesaria la fuga ante la agresión, es necesaria la amenaza de un mal igual o mayor» (94).

4. Veíamos, Supra V.2, que la doctrina, aun cuando está de acuerdo en atribuir un doble fundamento a la legítima defensa, se encuentra dividida a la hora de determinar las consecuencias que se deban derivar de este doble fundamento, lo que, a su vez, repercute en la amplitud que puedan alcanzar las restricciones ético-sociales. Esta falta de concreción respecto al alcance de las restricciones ha sido criticada, por entender que lesiona los principios de igualdad y de seguridad jurídica (95). Sin embargo, en Alemania, existen unas premisas

(89) Críticamente, respecto de esta fundamentación de la legítima defensa, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 31-41.

(90) Cfr. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 85-90, examina críticamente estas teorías entre las que incluye el «principio del interés preponderante», la colisión de intereses o la ponderación de intereses.

(91) Sentencias de 14-6-1971; 11-3-1972; 24-9-1973; 21-5-1975; 10-11-1975; 12-2-1979; 19-12-1979, entre otras.

(92) STS 2-2-1990, se afirma que: «En la legítima defensa confluyen intereses plurales y contradictorios...».

(93) En este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 119, entiende que tratar de reconducir el fundamento supraindividual de la legítima defensa a uno más amplio, como el principio del interés preponderante, común con otras causas de justificación, induce a confundir esta eximente con la de estado de necesidad.

(94) En el mismo sentido, STS-7-6-1985; 3-3-1987; 16-6-1987, entre otras.

(95) En este sentido la obra de Marxen, *Die «sozialethischen» Grenzen...*, *passim*, con distintas referencias a la doctrina minoritaria que rechaza, en todo o en parte, las restricciones ético-sociales a la legítima defensa.

mayoritariamente aceptadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que pese a las críticas de ciertos sectores, ha conducido a un elevado nivel de acuerdo sobre los grupos de casos a los que afectan las restricciones ético-sociales (96). Por el contrario, en España, no existe una discusión propia al respecto, por lo que el sector doctrinal que acepta la posible existencia, de *lege lata*, de restricciones a la legítima defensa se remite a algunos de los grupos de casos desarrollados en Alemania (97). Si se suscitan problemas de concreción partiendo de unos principios comunes, es fácil imaginar lo que sucede cuando no existen unas premisas, de las cuales quepa extraer determinadas consecuencias. Nuestra jurisprudencia en materia de legítima defensa es un claro ejemplo de la arbitrariedad a la que se puede llegar cuando se carece de sistemática (98).

5. En la jurisprudencia se pueden encontrar numerosos ejemplos de infracciones a los principios de legalidad y seguridad jurídica, por falta de una elaboración sistemática. Vamos a examinar, puntualmente, algunos de los supuestos en los que se restringe «injustificadamente» la legítima defensa. Los distintos fundamentos que el Tribunal Supremo atribuye a la legítima defensa le «permiten» utilizar uno u otro según el supuesto de que se trate. Así, por ejemplo, basándose en la posibilidad o no de recurrir a los Tribunales, como fundamento de la legítima defensa, concibe la agresión como «acometimiento físico» (99), de lo que infiere, entre otras cosas, que: ni las amenazas (100), ni éstas junto a una persecución constituyen agresión (101), y que no es factible la defensa de derechos (102).

(96) Cfr. Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 307-323; en el mismo sentido, con referencias doctrinales y jurisprudenciales, Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 48-62.

(97) Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 459-460, alude a los casos de: extrema desproporción y a los ataques de sujetos inculpable; Gómez Benítez, *Teoría jurídica...*, pp. 322-327, se refiere a los casos de: agresiones de inculpables o que actúan con culpabilidad notablemente disminuida; agresiones insignificantes, y defensa que comporta peligro para la vida del agresor.

(98) El problema es más acuciante, si cabe, en las instancias judiciales inferiores.

(99) Críticamente sobre el concepto de agresión del Tribunal Supremo, Magaldi, *La legítima defensa...*, pp. 29-54; sobre las distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales, al respecto, vid. Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 131-141; aun cuando es jurisprudencia prácticamente unánime, en alguna sentencia se aparta de esta línea y no exige un acto de fuerza, así por ejemplo, STS 21-4-1980.

(100) Cfr. Magaldi, *La legítima defensa...*, pp. 47-54, con numerosa jurisprudencia al respecto.

(101) En este sentido, en la STS de 3 de enero de 1990, se niega la existencia de legítima defensa completa ni incompleta, en base a la inexistencia de agresión, cuando se afirma que el procesado amenazó y perseguió hasta el interior de una calle estrecha a Vicente, el luego lesionado.

(102) Mir Puig, *Derecho Penal...*, p. 461, advierte que la exigencia de acometimiento físico es *contra legem*, porque ello supone la imposibilidad de defender sólo los derechos.

Otro punto, si cabe más discutible, es la exigencia de proporcionalidad en la legítima defensa, con un contenido idéntico al propio del estado de necesidad, en varias sentencias (103). Esto me parece una infracción clara del principio de legalidad (104), más aún, cuando es discutible incluso su utilización como criterio regulativo de las restricciones a la legítima defensa (105). En otras resoluciones el Tribunal Supremo, pone en relación la proporcionalidad con el requisito de la necesidad racional (106). Es cierto que a través de la interpretación del requisito de la necesidad racional es factible excluir algunos supuestos de extrema desproporción, por entender que frente a una agresión mínima determinada defensa no es necesaria ni racional (107). Sin embargo, me parece inadmisibles afirmar, como hace el Supremo, que falta la necesidad concreta en un supuesto en el cual la «víctima», de treinta y tres años, «agarró al padre del procesado, de setenta y cuatro años, le propinó un puntapié y le continuaba maltratando físicamente...», momento en el cual el «procesado», de cincuenta y cuatro años, golpeó a la «víctima» con un palo en un brazo «[...] hasta que lo derribó, tras lo cual no continuó el golpeamiento» (108). En este supuesto se considera que no es racional una conducta defensiva consistente en golpear un brazo, cuando

(103) Vid. *Supra* Y 3 y n.º 96; vid. también, n.º 11, en la que se cita la sentencia de 1 de marzo de 1990, en la cual se considera *desproporcionado*, descargar un golpe con un palo a un sujeto que le había sustraído un tornillo y que le amenazaba con una navaja.

(104) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 387, entienden que la idea de proporcionalidad sólo se puede utilizar con un sentido amplio, como criterio rector a partir del cual establecer los límites de la reacción defensiva, ya que la letra de la Ley exige, únicamente, que el medio empleado sea racionalmente necesario para la defensa.

(105) Lenckner, *Schönke-Schröder*, § 32, 46, entinde, junto con otros autores, que el principio de proporcionalidad, como criterio regulativo de las restricciones a la legítima defensa, no atiende al fundamento de defensa del Derecho.

(106) En contra de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 147, advierte que *racional* no equivale en modo alguno a *proporcional* y que el art. 8, 4.º no exige la proporcionalidad en ninguna parte.

(107) La doctrina española, que podríamos considerar mayoritaria, por todos, vid. Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios penales*, p. 148, entiende que una defensa es racional cuando en el momento de actuar el defensor, dadas las circunstancias, el medio utilizado aparece como necesario. En los casos de extrema desproporción lo que sucede es que no puede decirse que el medio utilizado fuera necesario (con excepción de los casos de error, que deberán de ser tratados como tales).

(108) STS 14 de marzo de 1990, en la que se condena a José H. M., que defendió a su padre, por un delito de lesiones, rotura de brazo, con eximente incompleta de legítima defensa, condenándole, al mismo tiempo, a una indemnización a la «víctima», vid. *Supra*, n.º 14.

en Alemania, con una regulación legal similar (109), se propone como restricción ético-social, no considerar legítima defensa necesaria las conductas que pongan en *peligro la vida dolosamente en defensa de agresiones contra bienes* (110). Este ejemplo es suficientemente indicativo de la imposibilidad de comparar las restricciones ético-sociales propuestas en Alemania, con las «restricciones» de nuestra jurisprudencia, carentes de fundamento legal, político-criminal o ético-social.

6. Examinaremos, por último, el problema que se suscita en la sentencia de 22 de febrero de 1991, que afecta a un requisito respecto del cual, el Tribunal Supremo, no había sido, generalmente restrictivo: la falta de provocación suficiente (111). En primer lugar, respecto del alcance de este requisito es doctrina jurisprudencial, casi unánime, que no se trata de un elemento esencial, por lo que, de no concurrir, estaríamos frente a una eximente incompleta (112). Sin embargo, en esta sentencia se afirma que concurre provocación por parte del que se defiende, negando por ello la apreciación tanto de la eximente completa como de la incompleta (113). Este cambio de criterio es, si cabe, menos aceptable, desde el momento en que no se trata de una provocación intencional (114), e incluso es discutible que la conducta de provocación puede calificarse como imprudente

(109) En este sentido, Courakis, *Zur sozioethischen Grenzen...*, pp. 62-68, realiza un estudio comparado de la regulación de la legítima defensa en distintos países, p. 66, en relación con la regulación española.

(110) Si examinamos las restricciones a la legítima defensa, propuestas por Roxin, *CPC*, n.º 19 (1983), pp. 305 y ss., en base a la interpretación del requisito de «estar requerido» —*Gebotensein*—, que podríamos equiparar a la exigencia de «racionalidad», vemos que la discusión se desarrolla en unos términos diametralmente distintos, pp. 317 y ss., se propone la restricción de la legítima defensa en supuestos de agresiones insignificantes —robo de 60 marcos, infracciones administrativas, delitos perseguibles a instancia de parte...—, excluyendo la defensa que suponga un peligro para la vida. Apelando al art. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo párrafo 1 prohíbe toda muerte intencionada y cuyo párrafo 2 a) menciona, entre las excepciones, la violencia «en defensa de una persona contra una agresión ilegítima». A *sensu contrario* se ha deducido que bajo ninguna circunstancia sería legítima la muerte de un ser humano frente a *agresiones no violentas contra bienes*. Roxin considera que la Convención sólo restringe la muerte intencionada, admitiendo como defensa necesaria la conducta que produzca la muerte con dolo eventual.

(111) Vid. al respecto, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 144-147, exigiendo que se tratase de una provocación intencional.

(112) En este sentido, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 149-151, advierte como, excepto en contadas ocasiones, la existencia de provocación da lugar a la apreciación de la eximente incompleta.

(113) En la sentencia se afirma expresamente: «Se dan, de acuerdo con los hechos probados, dos de los tres elementos de la legítima defensa; la falta de provocación no.»

(114) En general, sin embargo, el TS había exigido que se tratase de una provocación intencional, Magaldi, «La legítima defensa...», pp. 147-149; en otro sentido, Cór-

(115), o si, ni tan siquiera, es contraria a las normas sociales y de que, además, habían existido provocaciones previas del agresor al agredido (116). Sin entrar en las enormes dificultades que suscita la concreción del alcance de este requisito (117), no apreciar, ni tan siquiera, la eximente incompleta en un supuesto en el cual calificar la conducta del provocador como imprudente sólo es posible utilizando la acepción vulgar del término «imprudente» (118), constituye, también, una restricción *contra legem* del art. 8, 4.º del Código Penal. Comparando la doctrina sentada en esta sentencia con la doctrina alemana respecto a la provocación (119), vemos que, como sucedía en el apartado anterior, la situación es totalmente distinta. Roxin, en función del fundamento preventivo de la legítima defensa, entiende que una conducta que «[...] objetivamente es conforme a derecho no es motivo ninguno para reducir la autorización de legítima defensa, incluso si dichas conductas habrían de provocar agresiones previsiblemente... El que se deja provocar por dicha conducta se dirige tanto contra el Derecho como el que no ha sido provocado, y no se hace merecedor, por tanto, de un trato más benevolente» (120). Esta comprensión de la provocación es opuesta a la solución a la que se llega en esta sentencia, en la que, además, se sobredimensiona el alcance que puede tener el requisito de «la falta de provocación suficiente» (121).

doba Roda, *Comentarios I*, p. 251 y ss., entiende que cuando la provocación es intencional se excluye también la apreciación de la eximente incompleta.

(115) En la sentencia se afirma que la conducta calificada como provocación fue imprudente: «En tales circunstancias constituyó una grave imprudencia, que hay que valorar como provocación.»

(116) El «provocado» (posteriormente agresor y, finalmente, víctima), «[...] había amenazado varias veces de muerte al inculpado y que la noche anterior, sobre las 23 horas, y la misma mañana del día de autos le había llamado por teléfono a su domicilio estando ausente...»

(117) Vid. esta problemática, en Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, pp. 151-157, con referencia a las distintas posturas doctrinales al respecto.

(118) Calificar como «imprudente» seguir al provocado con un taxi y hacerle luces para que se detenga, tal y como sucede en este supuesto, es algo parecido a calificar de imprudente, y afirmar que con ello se provoca, por ejemplo, el pasear por determinadas calles a ciertas horas en que se suelen producir atracos o dejar un coche con la radio puesta...

(119) El hecho de que en Alemania la falta de provocación suficiente no sea un requisito de la legítima defensa no excluye la posibilidad de comparar; en este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, p. 153-157, trata de determinar el alcance del requisito acudiendo, precisamente, a la elaboración doctrinal alemana que propone como restricción a la legítima defensa los supuestos de provocación culpable por el agredido.

(120) En este sentido, Roxin, *CPC*, n.º 19 (1982), p. 313, en relación con la sentencia del BGH, 27, 336.

(121) En este sentido, Luzón Peña, «Legítima defensa...», en *Estudios Penales*, p. 151, critica la línea jurisprudencial que considera provocación actos mínimos e incluso

7. Lo expuesto en el apartado anterior me parece suficientemente representativo de la postura restrictiva del Tribunal Supremo en relación con la legítima defensa, actitud que como veíamos se apreciaba, aun cuando fuera soterradamente, en la sentencia que me ha servido de motivo para este comentario (122). Quiero referirme, por último, a la crítica que me merece, no ya la resolución de dicha sentencia, sino su mera existencia, puesto que considero inadmisibles que una persona, que realiza una conducta de defensa de bienes jurídicos tan esenciales como la vida y la libertad sexual y, al mismo tiempo, del Derecho, deba de sufrir el *castigo* de un proceso penal que llega a casación (123). La pregunta es la siguiente: ¿es posible, o incluso obligado, que de la naturaleza de la legítima defensa se derive, junto a las consecuencias que unánimemente aceptan la doctrina y la jurisprudencia (124), otra de índole procesal: el sobreseimiento (125)? El problema está íntimamente relacionado con la naturaleza de la legítima defensa y con la función que se atribuya al tipo de injusto. Para un amplio sector doctrinal, la legítima defensa es un derecho concedido por el orden jurídico al particular (126), mientras que para la jurisprudencia se trata únicamente de un «permiso», a partir de lo cual persigue justificar un rigor extremo en orden a valorar la concurrencia o no de los requisitos (127). Aun cuando existe unanimidad en afirmar su naturaleza de causa de justificación, las diferencias surgen respecto de la mayor o menor valoración positiva de la legítima defensa según la forma en que se expresa la idea de la licitud de la acción de defensa: no prohibida, permitida, autorizada jurídicamente, conforme a Derecho... El doble fundamento de la legítima defensa determina que la acción de defensa no pueda verse como algo meramente tolerado por el derecho sino, por el contrario como algo valorado positivamente por el Derecho: la conducta de defensa y el resultado producido son lícitos (128).

lícitos o incidentes ocurridos con mucha anterioridad; en sentido similar, Magaldi, «La legítima defensa...», p. 159, que en el examen de la jurisprudencia sobre este requisito, advierte que el Tribunal Supremo es contradictorio y que no existe un criterio jurisprudencial constante.

(122) Vid. *Supra* I, 4.

(123) Vid. *Supra* II, 2.

(124) Por todos, vid. STS 3-5-1990: a) contra la legítima defensa no cabe legítima defensa; b) la participación en la defensa es impune; c) exime de responsabilidad civil, y d) no cabe la aplicación de medidas de seguridad posdelictuales.

(125) Vid. *Supra* II, 2 y 3.

(126) En este sentido se manifiesta, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, p. 99.

(127) En este sentido, sentencia de 9 de mayo de 1990, «El Estado que permite la agresión de bienes jurídicos... muy riguroso a la hora de valorar la concurrencia de todos o algunos de los requisitos...».

(128) En este sentido, Luzón Peña, *Aspectos esenciales...*, pp. 111-126, donde diferencia entre las distintas causas de justificación, afirmando que en la legítima defensa tanto la conducta como el resultado son valorados positivamente por el Derecho.

En consecuencia, probados unos hechos como los relatados en la sentencia no es admisible afirmar que existen «indicios de criminalidad», art. 384 LECrim, a no ser que se otorgue al tipo una función procesal, lo cual carece de justificación legal (129), por lo que no se debería de incoar el sumario (130) o, de haberse iniciado, se debería dictar sobreseimiento libre (131), de acuerdo con el art. 637, 2.º LECrim.: «Cuando el hecho no sea constitutivo de delito». Es cierto que la denuncia de una realización típica debe dar lugar a un mínimo de actividad de instrucción, con el fin de respetar el derecho a la tutela penal, art. 24, 1.º Const., pero sólo en caso de existir dudas sobre la trascendencia penal del hecho será necesario abrir unas diligencias previas (132). La doctrina procesal parte de que indicio de criminalidad es igual a tipicidad (133), confusión en la que colaboran el desconocimiento por parte de los procesalistas del Derecho Penal material y la redacción de los preceptos de la LECrim., que utiliza distintas expresiones como «indicios de criminalidad», «infracción penal» o «hecho constitutivo de delito», en relación con los casos en que se deberá iniciar o terminar un proceso (134). Los diversos términos utilizados por la LECrim. no obligan a incoar un sumario o a no dictar sobreseimiento, en su caso, si en la instrucción se advierte, *indubitablemente*, que los hechos carecen de trascendencia penal (135), tal y como sucede en el caso objeto de comen-

(129) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, p. 244, entienden que no cabe atribuir al tipo función procesal alguna, ya que lo que exige la LECrim. es la «noticia de la perpetración de un delito, sin que baste la realización de un tipo de injusto».

(130) En este sentido, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, pp. 244-246, n.º 18.

(131) Para algunos autores, no es posible dictar sobreseimiento libre por la hipervaloración del principio acusatorio en el procedimiento ordinario por delito, vid. *Supra*, n.º 13; a favor de la posibilidad de dictar sobreseimiento libre, respecto de los sujetos amparados por una eximente, Cobo-Vives, *Derecho Penal...*, pp. 244-246, n.º 19.

(132) En este sentido, STC 1/1985, 9 de enero, «La falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada en el art. 24, 1.º (...). Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el art. 24, 1.º (...) queda satisfecho».

(133) En este sentido, por ejemplo, Gimeno Sendra, «Los derechos de acción penal al juez legal y de defensa», Comentarios a la legislación penal, Cobo (dtor.), T. I, Madrid, 1982, pp. 141 y ss., p. 149, afirma que: «[...] si la conducta no reviste los mínimos caracteres típicos, habrá de disponer el archivo de las actuaciones practicadas», en base a lo previsto en los art. 269, 312-313 y 789, 1.º, LECrim, cuando en estos preceptos se utiliza el término «delito» (art. 269 o 313) o «infracción penal» (art. 789, 1.º); Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 60, en el mismo sentido, habla indistintamente, de conducta típica y conducta punible.

(134) En Alemania, por el contrario, el StPO, utiliza siempre el término «hecho punible», así, por ejemplo, § 160.

(135) Vid. *Supra*, n.º 132, el Tribunal Constitucional condiciona la apertura del proceso según la trascendencia penal o no de los hechos, sin referirse en ningún caso a la existencia o no de tipicidad.

tario, ya que ni se les puede calificar de criminales, ni constituyen delito o infracción penal. A la falta de justificación legal para continuar el proceso, en casos como el analizado, se suma el hecho de que nos encontramos en un momento en el cual la política legislativa, con la finalidad de poner límite a la proliferación de procesos penales y los consiguientes retrasos en los Tribunales penales, acude al principio de oportunidad (136), contraponiéndolo al principio de legalidad (137). Consecuentemente, parece, cuando menos, contradictorio no limitar también los procesos penales en base al propio principio de legalidad: cuando los hechos carecen de relevancia penal, por estar justificados.

(136) Cfr. Ramos Méndez, *El proceso penal...*, p. 28, como criterios de oportunidad que permiten prescindir del proceso penal están: la conformidad del imputado con la pena, los delitos bagatela, la aceptación de medidas alternativas a la pena...; en Alemania, existe la misma tendencia legislativa, recogida en el §§ 153 StPO y ss., donde se regulan los casos en los que el Fiscal puede, generalmente con la aprobación del Tribunal, prescindir de la persecución de determinados delitos.

(137) En este sentido, Roxin, *Strafverfahrensrecht...*, pp. 68-69, entiende que el principio de legalidad ha perdido su carácter absoluto existiendo numerosas excepciones en base al principio constitucional de proporcionalidad, es decir, al criterio de que se puede renunciar al castigo penal en base a razones de conveniencia por la falta de necesidad de prevención general o especial, en el caso concreto.