

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

El exceso intensivo en la legítima defensa putativa

(A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993
Ponente: JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIZ y de la STS
de 5 de octubre de 1999
Ponente: MARTÍN CANIVELL)

CAROLINA BOLEA BARDON
Profesora Titular Interina de Derecho penal
Universidad de Barcelona*

I

1. Objeto del presente comentario son las SSTS 9 de marzo de 1993 (A. 2163) y 5 de octubre de 1999 (A. 8341). Los hechos probados en la STS de 9 de marzo de 1993 son los siguientes:

«Sobre las diecinueve horas del día 20 de octubre de 1988 se recibió una llamada telefónica en el cuartel de la Guardia Civil de la localidad de Oliva, en que una voz de mujer anunciaba la inminente llegada a dicha población, procedente de Alicante, de un vehículo de turismo marca “Mercedes” [...], en que viajaban tres personas que transportaban

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación número PB 97-0897, de la DGICYT.

cierta cantidad de droga que debían entregar en Oliva. Ante esta noticia se montó el correspondiente servicio por el Teniente Jefe de la línea, quien alertó a sus subordinados de la peligrosidad del servicio, disponiendo por ello que se equipasen con las armas al uso. Igualmente fue recabada la intervención de la Policía Local en funciones de vigilancia de los accesos a Oliva, y como se sospechaba que los ocupantes del turismo a que se refirió la denuncia pudiesen entrar en contacto con un individuo apodado “El Valenciano”, una dotación de la Guardia Civil compuesta por el procesado Angel [...], y otro Agente, con un vehículo oficial [...], fue destinada a vigilar las inmediaciones de dicho domicilio, y al ver que del mismo salía el tal “Valenciano” montado en una motocicleta, iniciaron su seguimiento hasta salir de la población en dirección Alicante por la carretera general, en donde se cruzaron con el vehículo mercedes cuyo seguimiento iniciaron de inmediato volviendo sobre sus pasos, al tiempo que recibían aviso de la Policía Local de haber visto el “mercedes” entrar en Oliva a velocidad elevada. Después de perderles por unos momentos de vista, los Guardias civiles divisaron de nuevo el vehículo sospechoso ya en el interior de Oliva, y [...] viendo que se confirmaban sus sospechas sobre el destino de los ocupantes del “Mercedes”, se dispusieron a detener el turismo sospechoso [...]. Detenido finalmente el “Mercedes”, los Guardias civiles estacionaron su vehículo detrás de aquél, y bajando en primer lugar el procesado fue a resguardarse tras los vehículos aparcados en la calle a su mano izquierda, al tiempo que conminaba a los ocupantes del vehículo para que bajasen del mismo con las manos en alto, sin que tales requerimientos fuesen tampoco atendidos de inmediato, permaneciendo las puertas del “Mercedes” cerradas, y sin que el procesado pudiese distinguir con nitidez lo que ocurría en su interior por ser sus cristales oscuros, y estar provisto el trasero de unas cortinillas que impedían ver a través del mismo; acto seguido avanzó el procesado hasta el “Mercedes” saliendo de su resguardo y empuñando su arma reglamentaria al tiempo que la puerta del conductor se entreabría ligeramente, viendo así el procesado la mano izquierda del conductor más no la derecha, y observando igualmente cómo dicho conductorladeaba la cabeza como mirando al interior del vehículo, en cuyo momento el procesado, interpretando que iba a ser objeto de agresión por parte de dicho conductor, disparó contra el mismo, alcanzando el proyectil el polo frontal izquierdo de Manuel, saliendo después por la región parietal derecha y atravesando el cristal delantero del “Mercedes” hasta quedar incrustado en la esquina opuesta, resultando de ello el citado con heridas de tal consideración que le causaron la muerte al instante. Después de ello, bajaron del vehículo sus otros dos ocupantes, un hombre y una mujer, y tras el pertinente registro practicado en su interior no se encontró droga ni arma de fuego alguna, y sí una navaja, tipo machete, en el espacio intermedio entre los dos asientos delanteros; desde que se iniciara el servicio hasta su resolución, como queda dicho, había transcurrido una media hora».

2. La Audiencia Provincial de Valencia absolvió a Angel del delito de asesinato del que era acusado y le condenó como autor de un delito de homicidio concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con sus accesorias, y al pago de las costas del proceso; y a abonar a la viuda e hijos del fallecido Manuel, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de 11.000.000 de pesetas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Contra la anterior resolución recurrieron en casación el Abogado del Estado, la acusación particular y el procesado. El Tribunal Supremo desestimó los recursos interpuestos, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia. Vamos a centrarnos aquí en el motivo segundo del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el procesado, que denuncia la infracción del artículo 6 bis, a), párr. 1.º ACP, en relación con los artículos 8.4 y 1 ACP.

3. En la STS de 5 de octubre de 1999 se tiene por probado que:

«el procesado Luis Javier [...], el día 17 de octubre de 1995, sobre las ocho horas veinte minutos se encontraba en el ejercicio de su profesión de Agente de la Policía Municipal de Madrid en el kilómetro 7,90 norte de la carretera M-30, junto con el Agente número ..., cuando recibieron el aviso sobre la conducción irregular desarrollada por el conductor del vehículo “Seat Toledo” M-...-OG [...]. El acusado y su compañero persiguieron a Pablo V. L. por la M-30, siendo informados a través de la emisora de que el automóvil M-...-OG figuraba denunciado como sustraído. Durante la persecución pudieron lograr que el auto se detuviera, pero instantes después se volvió a dar nuevamente a la fuga, iniciándose otra persecución en la que finalmente logran darle alcance [...]. El procesado y su compañero descendieron del vehículo policial dirigiéndose al auto perseguido, situándose el acusado frente a la puerta del conductor, con el arma reglamentaria desenfundada a la altura de la cintura, adoptando una posición preventiva, mientras que el otro Agente se colocaba en la parte posterior, cercano al vehículo. El procesado intentó abrir la puerta del coche que se encontraba cerrada con el cristal de la ventanilla también cerrado, momento en que Pablo V. se inclina hacia adelante bajando la cabeza, lo que al ser advertido por el Agente número ... hace que el mismo avise a su compañero diciéndole “cuidado que puede llevar un arma”, por lo que el acusado Luis Javier D. A. disparó su arma reglamentaria [...] contra el conductor Pablo V., en la creencia errónea de que éste iba a hacer uso de arma de fuego contra él, alcanzando al mismo en la cara y ocasionándole la destrucción de centros vitales en la cabeza, cuyo origen fueron los dos orificios de entrada y salida de la bala: el primero, ubicado en la hemicara izquierda (región suborbitaria izquierda), y el segundo en la región temporoparietal derecha, lo cual produjo irremisible la muerte instantánea del sujeto. En el suelo del vehículo, en el lado del conductor, se halló una navaja de 10 centímetros de hoja».

4. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al procesado por un delito de homicidio, «concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa putativa del artículo 66 en relación con el artículo 8 y artículo 6 párr. 3.º, por error vencible, a las penas de dos años de prisión menor, accesorias de suspensión para cargo público, derecho de sufragio y profesión u oficio durante el tiempo que dure la condena privativa de libertad y pago de costas, excepto las causadas por la acción popular, que se declaran expresamente de oficio». El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la acusación particular, en el que se denunciaba la indebida aplicación del artículo 66 ACP, en relación con el artículo 8 y 6 bis, 3.º, ACP, por entender que no existía base suficiente para apreciar una situación de legítima defensa putativa, anulando la sentencia dictada por la Audiencia y condenando al acusado como autor de un delito de homicidio doloso sin circunstancias modificativas. A su vez, desestimó el recurso interpuesto por Luis Javier D. A., en el que se alegaba infracción del párr. 3.º, inciso 1.º, del artículo 6 *a*) ACP.

II

5. Los hechos a los que se refieren ambas sentencias son prácticamente idénticos. Sin embargo, la solución a la que llega el Tribunal Supremo es distinta en cada caso. En la STS de 9 de marzo de 1993, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que condena al procesado por un delito de homicidio doloso, pero rebajando la pena en un grado en aplicación de lo establecido en el artículo 66 ACP para las eximentes incompletas, por entender que se trata de una situación de legítima defensa putativa a la que corresponde el régimen previsto en el artículo 6 bis, *a*), párr. 3.º, ACP. En cambio, en la STS de 5 de octubre de 1999, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta el error que sufre el procesado, seguramente para evitar la rebaja de pena que se vería obligado a aplicar de apreciar, tal como hizo la Audiencia, un error de prohibición vencible. Que supuestos tan similares sean solucionados de forma tan diversa puede tener su explicación en el hecho de que ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo tienen en consideración el exceso intensivo en el que incurre el defensor putativo. Como más adelante tendremos ocasión de ver, tener en cuenta dicho exceso en supuestos de legítima defensa putativa permite llegar a soluciones intermedias que hacen posible una gradación de la responsabilidad penal en función de la clase y relevancia del exceso, evitando, con ello, que unos mismos hechos den lugar a calificaciones tan dispares.

6. Los casos que son objeto de este comentario hacen referencia a una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en materia error. Concretamente, nos sitúan frente a la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Se aprecia un error sobre la existencia de una agresión ilegítima, por tanto, sobre un elemento esencial de la legítima defensa. Atendiendo a los hechos probados, partimos de que, en ambos casos, el procesado se representó subjetivamente que era víctima de una agresión real y actual. Como no se ha podido probar que efectivamente el conductor se disponía a atacar, por mucho que «en el espacio intermedio entre los dos asientos» o «en el suelo del vehículo en el lado del conductor se hallara una navaja» no hay razón para apreciar una situación de legítima defensa preventiva (1). Por ello, este comentario se va a centrar en el análisis de la calificación jurídico-penal que han de merecer las conductas de Angel y de Luis Javier D. A., atendiendo a la situación de legítima defensa putativa en la que se enmarca la actuación de ambos. Pero antes de analizar los problemas básicos que aquí se plantean, como cuestión previa habrá que abordar, aunque sea brevemente, el problema relativo a la posibilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de actuar en legítima defensa.

6.1 Sin pretender entrar a aquí a examinar a fondo la problemática sobre la legítima defensa de la Policía, simplemente nos limitaremos a señalar que no vemos razón para excluir en estos supuestos la aplicación de la causa de justificación mencionada. Al respecto existen básicamente dos posturas. De acuerdo con la doctrina dominante, los miembros y Cuerpos de Seguridad podrán, estén o no de servicio, invocar la eximente de legítima defensa cuando sean víctimas de una agresión ilegítima (2). Sin embargo, según la postura contraria, cuando se trata de la actuación de los miembros y Cuerpos de Seguri-

(1) La constatación de una situación de defensa frente a una agresión futura nos hubiera llevado a plantear la posibilidad de aplicar las reglas del estado de necesidad defensivo. Sobre el tratamiento de la legítima defensa preventiva vía estado de necesidad defensivo, *vide*, por todos, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 290 ss.

(2) Así, entre otros, BOCKELMANN, «Notrechtsbefugnisse der Polizei», *Dreher-FS*, 1977, pp. 235 ss.; LENCKNER, en: *SCH/SCH-StGB*, 25.ª ed., 1997, § 32, núm. 42 c); SPENDELL, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1992, § 32, núm. 275; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, p. 323; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 18/25; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 401 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1986, p. 250.

dad en el ejercicio de sus funciones, la exigente que entra en juego, desplazando a la prevista en el artículo 20.4.º CP, es la de cumplimiento de un deber (art. 20.7.º CP) (3). Entiendo que no es conveniente acudir en casos como el que nos ocupa a la exigente de cumplimiento de un deber, porque no se trata sólo de la detención de un delincuente, sino de la reacción de defensa frente a una representación subjetiva errónea acerca de la existencia de una agresión ilegítima, por mucho que ello se enmarque en el contexto de una persecución policial. Para apreciar la exigente de cumplimiento de un deber es necesario que concurra el deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado (4). Pero cuando lo que se plantea es la defensa de un bien jurídico concreto (la propia vida del Policía), el deber específico de practicar la detención queda desplazado, según creo, por la facultad de defensa que el ordenamiento jurídico otorga al agredido. También hay que tener en cuenta que los límites previstos en cada causa de justificación no son idénticos, siendo más amplios en la legítima defensa, pues en la exigente de cumplimiento de un deber los requisitos de proporcionalidad y de oportunidad son más estrictos. Ello no quiere decir, como se verá más adelante, que a la hora de examinar los presupuestos del artículo 20.4.º CP no debemos tener presente la experiencia y formación del Policía en aras de determinar si existía o no necesidad de disparar el arma o si podía haber acudido a otros medios alternativos menos lesivos e igualmente efectivos (5). En cualquier caso, lo que dogmáticamente sí va a resultar más difícil de sostener es la apreciación conjunta de ambas causas de justificación. No obstante, recientemente, en la STS de 29 de noviem-

(3) En este sentido, cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, p. 581; el mismo, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 104, nota 405; CUERDA RIEZU, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *ADPCP*, 1990, p. 552; QUERALT I JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, pp. 287 ss.; el mismo, *Introducción a la Policía Judicial*, 3.ª ed., 1999, pp. 261 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, 1990, pp. 376 s., admitiendo excepcionalmente la legítima defensa del funcionario cuando existe un peligro inminente para su vida o integridad física; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, pp. 302 y 303. Partidario este último autor de la solución del concurso de leyes (acudir al 20.7 por aplicación del principio de especialidad), entiende que los miembros y Cuerpos de Seguridad únicamente podrán invocar la legítima defensa cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares. En Alemania, de forma minoritaria considera que la legítima defensa por parte de la Policía no puede ser adecuada, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 12/42.

(4) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 18/16.

(5) En este sentido, LENCKNER, en *SCH/SCH-StGB*, 25.ª ed., 1997, § 32, 42 c).

bre de 1999 (A. 9694), ante un supuesto de exceso intensivo en una legítima defensa putativa de un tercero, el TS aplica conjunta y parcialmente las eximentes de legítima defensa de terceros y de cumplimiento de un deber, acudiendo dos veces a la eximente incompleta del artículo 9.1.^a ACP, con la consiguiente doble rebaja de la pena que ello supone (6).

6.2 El tratamiento jurídico del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación viene siendo una de las cuestiones más polémicas que se plantean en torno al error. Hasta tal punto ha llegado a ser una cuestión controvertida que ni el legislador español ni el alemán se han pronunciado expresamente sobre ella, seguramente por entender que falta el necesario consenso acerca de si debe tratarse como un error de tipo o de prohibición (7). De la regulación prevista en el artículo 14 CP no se puede derivar la posición sistemática que corresponde al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Tampoco si dicho error debe ser tratado como un «error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» (error de tipo) o «como un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal» (error de prohibición). Por tanto, la decisión acerca de estas cuestiones vendrá determinada por consideraciones dogmáticas y político-criminales. Las dificultades que la suposición errónea de una situación justificante plantea, especialmente en orden a determinar su ubicación en la teoría del delito, la naturaleza del hecho realizado en error y las múltiples consecuencias prácticas derivadas de todo ello, aconsejan hacer un repaso del tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia viene dando a estos supuestos de error.

6.2.1 En el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación tanto la doctrina alemana como la española se muestran divididas. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo que, en aplicación directa del § 16 StGB (art. 14.1 y 2 CP), excluye el dolo, pero que puede ser

(6) Los hechos en los que se basa esta sentencia van referidos a la acción del procesado, un Agente policial que llega al lugar en que el presunto delincuente estaba encañonando a su compañero con una pistola, que parecía verdadera, hallándose en el mismo sitio ya otra dotación policial, uno de cuyos miembros hizo un disparo al aire para hacer desistir de sus intenciones al que amenazaba, lo que provocó en éste una reacción extraña que hizo pensar al procesado que iba a disparar contra su compañero, ante lo cual, temiendo por su vida, efectuó dos disparos contra aquél.

(7) Cfr. LUZÓN PEÑA, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en: *Estudios penales*, 1991, p. 69.

castigado por imprudencia (8). Ello deriva de concebir el tipo como «tipo total de injusto», que implica que sólo se pueda hablar de tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. Los presupuestos de las causas de justificación se consideran, así, elementos negativos del tipo, y la errónea suposición de uno de estos elementos excluye el dolo del mismo modo que si se tratase de un error sobre un elemento del tipo en sentido estricto. Una de las principales objeciones que se han hecho a la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido la de desconocer la distinta función que cumplen el tipo (tipificación del injusto) y las causas de justificación (desaparición de la antijuricidad en una situación excepcional) (9).

(8) *Vide*, por todos, SCHRÖDER, en SCH/SCH *StGB*, 17.ª ed., § 59, núm. 82, p. 519 (en relación a la anterior regulación). Más recientemente a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo, SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», GA, 1985, pp. 347 ss. En España, defienden la teoría de los elementos negativos del tipo, GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, p. 171, nota 32, para quien «lo relevante es el tipo de lo injusto, entendido éste como descripción del comportamiento prohibido; y para saber cuál es el comportamiento prohibido hay que poner en conexión el elemento positivo del tipo con la ausencia de causas de justificación [...] La materia de prohibición está integrada, por consiguiente, por elementos positivos (las descripciones de los preceptos de la Parte Especial de cualquier CP) y elementos negativos (ausencia de causas de justificación), y lo que en materia de tentativa o de error rige para los elementos positivos, rige también para los negativos» (*vide*, también, «Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho penal», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, p. 238, nota 33); MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 86 ss.; el mismo, «Adiciones de Derecho español» a: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE), 1981, pp. 345 s., distinguiendo entre «supuesto de hecho» y «tipo», se enfrenta el autor a las críticas que se dirigen a esta teoría por no establecer diferencias entre el tipo positivo y el tipo negativo, advirtiendo que utiliza el término tipo en el sentido clásico de tipo positivo, distinguiéndolo del supuesto de hecho como hecho prohibido que requiere la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (*vide* *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 10/69, nota 55); LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 298 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», *La Ley*, 1986-4, p. 525, nota 10.

(9) En este sentido, cfr. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. y notas por CEREZO MIR), 1964, p. 58; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.ª ed., 1997, § 16, núm. 25; DREHER, «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», en Heinitz-FS, 1972, p. 222. En contra de esta clase de objeciones, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 300 ss., 473 ss., explica las razones por las que considera que la teoría de los elementos negativos del tipo no desconoce que ambas partes del tipo tienen una función distinta. Consecuente con la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, defiende este autor que el tratamiento del error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación debe ser el mismo que el de cualquier error de tipo.

También se le ha objetado el llegar a soluciones insatisfactorias en diferentes puntos de la teoría del delito. Así, concretamente, ha sido criticada: por excluir la legítima defensa del que resulta finalmente agredido, que queda desprotegido en caso de error invencible; por impedir castigar al tercero que conociendo el error favorece el hecho del que se halla en error, al no existir un hecho antijurídico en el que poder participar (accesoriedad limitada); y, por no permitir el castigo de la tentativa de no llegarse a producir el resultado de lesión, ni siquiera ante un error vencible, ya que la tentativa en la imprudencia es impune (10).

Para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, desarrollada en el marco del finalismo, no sólo la creencia en una causa de justificación inexistente o sobre sus límites, sino también la creencia errónea de que concurre una situación justificante constituye un error de prohibición: error que deja subsistente el dolo, y únicamente excluye o atenúa la culpabilidad en función de que sea invencible o vencible (11). En contra de la teoría estricta de la culpabilidad se ha

(10) Cfr. la exposición y críticas que desde una perspectiva orientada a las consecuencias dirige a la teoría de los elementos negativos del tipo MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, 1989, pp. 52 ss., 131 ss.; el mismo, ¿Legítima defensa putativa? ¿Un caso límite entre justificación y exculpación?, en: *Presupuestos para la Reforma Penal*, 1992, pp. 125 s. Críticamente, también, CEREZO MIR, «El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del tipo», en *Estudios Penales* (Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca), pp. 167 ss., señalando que esta teoría conduce a lagunas de punibilidad a en aquellos Códigos penales que castigan la imprudencia de forma excepcional. Ya anteriormente, aludían a los distintos efectos de considerar el error sobre la situación justificante como excluyente del injusto doloso, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 170; DREHER, «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», en: HEINITZ-FS, 1972, p. 222.

(11) Vide, por todos, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 168 ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de CÓRDOBA RODA), 1962, tomo I, p. 376. En España, la doctrina dominante sigue la teoría estricta de la culpabilidad. Cfr., entre otros, CEREZO MIR, «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 82 ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 1998, 6.ª ed., 1998, pp. 88 ss, 204 s.; MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, 1989, pp. 56 ss. y 135; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 1998, pp. 433 ss.; HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980», *CPC*, 1980, pp. 36 s., nota 60; la misma, «Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación», en: *Cuadernos de Derecho Judicial. El consentimiento. El error*, 1993, pp. 267 ss.; ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *ADPCP*, 1981, pp. 761 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980», *CPC*, núm. 15, 1981, pp. 516 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 145 y 490, quien, a pesar de admitir que las situaciones de

alegado que la relación con el hecho de quien padece un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es la misma que la que se establece con el que actúa en error de prohibición. Precisamente, para hacer frente a este tipo de objeciones surge la teoría restringida de la culpabilidad. La teoría restringida de la culpabilidad limita la teoría de la culpabilidad en el sentido de que considera excluyente del dolo no sólo al error de tipo fundamentador (previsto en § 16 StGB), sino también al error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, con la consiguiente aplicación del § 16 (I) StGB también a éste último, si bien, por vía analógica, ya que se interpreta que de un modo directo este precepto sólo regula el error de tipo en sentido estricto (12). Otro sector de la doctrina entiende que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (calificado como error *sui generis*) se subsume en el § 16 StGB en cuanto a su consecuencia jurídica, pero no se le atribuye el efecto de exclusión del dolo, con lo que el autor sigue siendo enjuiciado por un delito doloso, aunque se le castigue con arreglo a la pena de la imprudencia («teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencias jurídicas») (13).

justificación putativas no son casos de error de prohibición, aconseja aplicarles el tratamiento jurídico del error de prohibición por «su similitud con los errores que versan sobre la prohibición».

(12) Cfr., entre otros, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. de GLADYS ROMERO —de la 2.^a ed. alemana—), 1983, núm. 565, p. 181; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3.^a ed., 1981, núm. 570, p. 171; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y DE VICENTE REMENSAL —de la 2.^a ed. alemana—), 1997, tomo I, 14/62, pp. 583 s.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., 1997, 14/62, pp. 526 s.; HRUSCHKA, «Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht», *GA*, 1980, pp. 1, 17, 19 y 20; RUDOLPHI, en: *SK-StGB, AT I*, 5.^a ed., actualizada a 1989, § 16, número 10-12; CRAMER, en *SCH/SCH-StGB*, 25.^a ed., 1997, § 16, núm. 18; HERZBERG, «Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau», *JA*, 1989, pp. 243 y 294.

(13) Sobre esta teoría, en sus diversas versiones, vide, GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW*, núm. 67, 1955, pp. 45 y 46, nota. 89; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), 1981, tomo I, pp. 635 y 636; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, pp. 464 s.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 28.^a ed., 1998, 11/478-479; BLEI, *Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 18.^a ed., 1983, p. 206; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22.^a ed., 1997, § 17, núm. 15, pp. 133 y 134; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.^a ed., 1997, § 16, núm. 27, pp. 119 y 120, distinguiendo entre el dolo típico y dolo como forma de culpabilidad; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, 11/58, p. 376, matizando que no se trata de una remisión a la consecuencia jurídica de un hecho imprudente, sino de la concretización del marco penal del hecho doloso.

Además del distinto tratamiento jurídico dispensado al error, una de las consecuencias prácticas de adoptar cualquiera de las teorías que dejan subsistente el dolo (injusto doloso) cuando el autor supone erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación es que deja abierta la posibilidad de castigar la intervención de terceros que toman parte en el hecho principal. Otra de las consecuencias es la posibilidad de castigar la tentativa en caso de error vencible de no llegarse a producir el resultado. También la cuestión de las facultades de defensa que puede ejercer la víctima frente al que actúa en error sobre la situación justificante se verá afectada por la decisión de no excluir la antijuricidad de la conducta. De hecho, mantener la existencia de un injusto doloso en estos supuestos otorga a la víctima de la situación putativa la facultad de emprender una acción en legítima defensa frente al sujeto que actúa en error. Sin embargo, habrá que ver si estas consecuencias son materialmente correctas, si la solución de algunos de los problemas planteados no podría obtenerse en otros ámbitos, y si es conveniente decidir cuestiones sistemáticas en función de los resultados que se pretendan conseguir en otros contextos (14).

6.2.2 Desde la concepción que aquí va a ser defendida, la suposición errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación determina un error de tipo negativo o limitador, a tratar como una especie de error de tipo, y no como un supuesto de error de prohibición (15). Estamos, según creo, ante un error que recae

(14) Sobre esto último, críticamente, FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad» (trad. PEÑARANDA RAMOS), en: *El error en el Derecho penal*, 1999, p. 59.

(15) Cfr., en este sentido, MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *La Ley*, 1991, p. 2; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1998, 16/22. Para este autor, «la cuestión de si concurre una causa de justificación no es sólo de naturaleza jurídica, sino que depende también de si concurren ciertos elementos situacionales (como el hecho de la agresión en la legítima defensa). El hecho antijurídico no sólo ha de realizar la situación prevista en el tipo positivo, sino también no realizar la situación propia de un tipo de justificación (tipo negativo)». Se adhieren a la postura de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de tipo negativo, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 717 s.; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139 y 295 (en especial, sobre la distinción entre la acción típicamente relevante y la acción típicamente relevante pero justificada, vide, pp. 35-37). Con distintos argumentos (sistemáticos, criminológicos, normológicos, etc.), también considera más coherente la solución de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como el error de tipo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 397 y 398.

sobre la situación penalmente prohibida, concretamente, sobre las circunstancias del hecho que limitan el injusto (16). Pero, aun tratándose de un error sobre la situación penalmente prohibida, es necesario distinguirlo del error de tipo en sentido estricto (17). Pues, con independencia de que se les otorgue el mismo tratamiento jurídico, la distinción entre error de tipo en sentido estricto y error de tipo negativo, además de venir impuesta por razones de coherencia sistemática, va a tener importantes consecuencias prácticas. Así, por ejemplo, la distinción permite una cierta ampliación del criterio de vencibilidad en relación al error de tipo negativo (18)

Ciertamente, no toda actuación con dolo típico constituye un injusto doloso, pues ello dependerá de que concurran o no causas de justificación. Sin embargo, la realización de un injusto objetivo (por no darse efectivamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación), tampoco será suficiente para afirmar un hecho antijurídico doloso; pues, desde la perspectiva subjetiva es necesario que el sujeto no suponga erróneamente la existencia de una situación justificante (19). A diferencia del error de tipo en sentido estricto, la defensa putativa no excluye el dolo típico, sino que impide atribuir subjetiva-

(16) Como correctamente sostiene MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1998, 10/69, «tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del *supuesto de hecho* que constituye la *situación* objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de la prohibición en sí misma».

(17) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 397. Advierte este autor que el error sobre los presupuestos objetivos de la justificación no es un error de tipo en sentido estricto, a pesar de manifestar una estructura más próxima al error de tipo que al error de prohibición, ya que «afecta a la completa caracterización (en el plano de la realidad) del hecho».

(18) Tal como señala SILVA SÁNCHEZ, «Revista de revistas», *ADPCP*, 1987, p. 540, «no puede ser idéntico el deber de examen que se requiere al sujeto en relación al tipo positivo que en relación al tipo negativo. Cuando se trata de analizar este último hay algo evidente: que el proceso controlado por el sujeto es un proceso peligroso para un bien jurídico. De ahí, que se pueda y deba exigir del sujeto el mayor cuidado al examinar la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante. Ello conducirá a que la invencibilidad y vencibilidad varíen aquí en sus baremos –por consideraciones de exigibilidad– respecto al error de tipo positivo». En esta línea, cfr., también, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, p. 711.

(19) A favor de entender que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación opera en el ámbito de los delitos dolosos como causa de exclusión del injusto doloso, dejando intactos el dolo típico y el injusto objetivo, FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad» (trad. PEÑARANDA RAMOS), en *El error en el Derecho penal*, 1999, pp. 66 ss.

mente al autor su injusto objetivo (por lo menos a título doloso) (20). Ahora bien, del mismo modo que afirmamos que el error sobre un elemento fáctico como la agresión en la legítima defensa no se debe equipar a otros errores sobre elementos fácticos referidos a la tipicidad; ya que mientras el primero afecta a los elementos del supuesto de hecho que limitan o niegan el injusto, el segundo recae sobre los elementos que lo fundamentan, también hay que distinguir la suposición errónea de una situación justificante del error sobre la valoración de la propia conducta como lícita, pues en este último caso el error ya no versa sobre un elemento situacional, sino sobre el carácter prohibido de esa conducta (21). Cuando se afirma que quien actúa en defensa putativa sabe que mata a otra persona y quiere hacerlo, si bien se cree legitimado para ello, no hay que pasar por alto que ese «creer estar actuando lícitamente» es consecuencia derivada (secundaria) del error principal: «creer estar en necesidad de defenderse» (22). De ahí, el estado de confusión al que se ha llegado con respecto a este tema. Confusión que se refleja en la postura defendida por un sector de la doctrina, y que se ha extendido también a la jurisprudencia más reciente (23). El tratamiento jurídico que se debe dispensar tanto al error sobre los elementos que fundamentan el injusto como a los que lo niegan es, por tanto, el mismo: exclusión del supuesto de hecho antijurídico (doloso o imprudente) si el error es invencible, y responsabilidad por un injusto imprudente si el error es vencible (siempre que la Ley prevea expresamente la comisión imprudente) (24).

(20) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 277, 281, 294 ss.

(21) No obstante, considera ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980», *CPC*, núm. 15, 1981, p. 517, que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es más análogo al error de prohibición que al error de tipo, «porque el autor obra con el dolo del tipo intacto, aunque creyéndose autorizado a obrar como lo hace».

(22) En este sentido, señala MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *La Ley*, 1991, p. 2, que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación «también supone error sobre la prohibición del hecho, pero lo mismo sucede en el error de tipo (positivo): quien desconoce que está matando a un hombre, sino a un animal al que puede cazar, cree estar actuando lícitamente».

(23) Así, claramente, cuando se califica la defensa putativa como un error de prohibición indirecto. *Vide*, SSTS de 3 de mayo de 1989 (A. 4047), 3 de noviembre de 1993 (A. 8225), 17 de mayo de 1999 (A. 5402).

(24) *Cfr.*, en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 16/22, p. 423, para quien la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación debe tratarse como una especie de error de tipo.

Por otra parte, también es importante destacar la imposibilidad de equiparar las eximentes justificantes reales con las putativas, especialmente por los distintos efectos que producen en diversos ámbitos de la teoría del delito (25). Para señalar algunos de ellos, baste con mencionar, por ejemplo, que la víctima de la defensa putativa puede repeler la acción emprendida en error respetando los límites del estado de necesidad defensivo (no cabrá, en cambio, legítima defensa porque falta una agresión antijurídica dolosa) (26). En sede de participación, no se puede descartar la participación dolosa de terceros que, conociendo el error, tomen parte en el hecho imprudente del que actúa en error (venible) (27). Pues, hay que tener en cuenta que el error de un individuo constituye un dato de la realidad objetiva para las demás personas que intervienen en el hecho (28). Y, si la intervención del tercero llega a convencer al autor de que efectivamente está siendo víctima de una agresión, habrá que acudir a la figura del autor tras el autor, pues la actuación del hombre de detrás constituye ya provocación de un déficit de conocimiento a través de engaño (29). Finalmente, el que la tentativa de defensa putativa no sea punible de no producirse el resultado,

(25) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139 ss., 294 ss. Según este autor, ni el estado de necesidad putativo ni la legítima defensa putativa constituyen causas de justificación *stricto sensu*, sino causas de «exclusión de la imputación “subjetiva” del supuesto de hecho objetivamente prohibido». De ahí, que ni impongan deberes de tolerancia, ni desplieguen efectos *erga omnes*, como las causas de justificación reales, sino que únicamente impiden la atribución subjetiva, a su autor, de lo *ex ante facto* objetivamente prohibido. Por consiguiente, la legítima defensa putativa sólo tiene efectos personales (p. 296: «descarga personalmente de responsabilidad al sujeto que incurre en error. A consecuencia de lo cual, no se le puede imputar subjetivamente “su” injusto objetivo»).

(26) En contra de la legítima defensa frente a agresiones imprudentes, se muestran partidarios de acudir a las reglas del estado de necesidad defensivo, con distintos argumentos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 590 s.; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 282 s.

(27) El que actúa en error (defensor putativo) es autor del hecho desde el momento en que se le puede hacer responsable del mismo en términos de imputación objetiva y subjetiva (sobre ello, *vide*, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 121, 134 ss). A favor de admitir la participación dolosa en delitos imprudentes, recientemente, ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», RDPC, n.º 6; 2000, pp. 234 ss.

(28) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 140.

(29) Sobre la posibilidad de admitir la figura del autor tras el autor en supuestos de provocación de situaciones de defensa putativa, *vide*, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 196 ss.

en caso de error vencible, no parece, según creo, una consecuencia inadecuada desde el punto de vista político-criminal.

6.2.3 En cuanto al tratamiento de la legítima defensa putativa en la jurisprudencia del TS, la sentencia de 10 de mayo de 1989 (A. 4161) sigue constituyendo un punto de referencia doctrinal y jurisprudencial. En dicha sentencia se lleva a cabo un análisis de las distintas etapas por las que ha pasado la jurisprudencia en esta materia (30). Comienza diciendo que con anterioridad a la reforma penal de 1983, que introdujo la regulación del error en su artículo 6 bis a) ACP, la jurisprudencia del TS estimó en un primer momento «que existía agresión ilegítima cuando se daba en el sujeto la racional y fundada creencia de que es objeto de un ataque», lo que determinaba la aplicación del artículo 8.4.º ACP, «con lo que quedaban equiparadas la defensa putativa y la real» (31). No obstante, a partir de la STS 9 de enero de 1969, «se inicia el camino ortodoxo, al exigir la existencia de error (como en todo lo putativo) buscando el mismo en el artículo 1.º en relación con el artículo 8.4.º del Código Penal, único asidero legal entonces existente para tal causa de inculpabilidad y acudiendo al artículo 565, sancionador de la imprudencia si el error se calificaba de vencible». Con posterioridad a la reforma de 1983, la doctrina ha entendido que los dos primeros párrafos del artículo 6 bis a) aluden al error de tipo, mientras que el párrafo tercero se refiere al error de prohibición, siendo éste también el parecer de la jurisprudencia posterior a la reforma (32). Por último, se señala en la sentencia que la dogmática más reciente trata de encuadrar la admisión errónea de una agresión ilegítima como si fuera un error de tipo, y que «recientes declaraciones de esta Sala se muestran, en línea con esta

(30) Cfr. el comentario a esta sentencia que realiza LUZÓN PEÑA, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en: *Estudios penales*, 1991, pp. 67 ss., donde se ponen de relieve algunas de las inexactitudes en que incurre el Tribunal, sobre todo, al referirse a la naturaleza y consecuencias del error de tipo y del error de prohibición.

(31) Sobre ello, *vide*, ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, pp. 128 ss.; el mismo, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal español I, artículos 1-22*, 1972, pp. 262 ss. En relación a la jurisprudencia anterior a la reforma de 1983, cfr. las exposiciones de MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 134 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 65 ss., 75 ss.

(32) Respecto a la postura de la jurisprudencia en los años siguientes a la reforma de 1983, *vide*, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 699 ss.

última doctrina, de modo que, al recaer el error sobre elementos negativos de la infracción penal, aquél se debe encuadrar en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es vencible, el hecho habrá de ser castigado como culposo».

Es de valorar positivamente el hecho de que el TS haya dejado de equiparar la legítima defensa real con la putativa como venía haciendo cuando se daba en el sujeto la creencia racional y fundada de que era objeto de una agresión (33). La naturaleza, estructura y efectos de las causas de justificación putativas no pueden ser idénticos a los reconocidos a las causas de justificación basadas en presupuestos fácticos realmente concurrentes; ni siquiera en los casos en que, conforme a un juicio *ex ante*, advertimos que el espectador objetivo colocado en la posición del autor hubiera caído en el mismo error (error invencible) (34). La equiparación conduciría a la inevitable confusión entre una situación de peligro real y otra, de mera apariencia de peligro (según el baremo del espectador objetivo situado *ex ante* en la posición del autor), además de contribuir a la disolución de los contornos de la legítima defensa, a borrar los límites trazados entre lo lícito y lo ilícito en sede de justificación (35). Admitir la defensa putativa como

(33) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 221 y 222, nota 15, para quien faltando en la realidad una agresión ilegítima, el art. 8.º 4 ACP no puede aplicarse «por la elemental regla de subsunción de lo que sucede realmente no es un “caso” del “supuesto de hecho legal” del artículo 8.º, número 4», CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 205, nota 71; MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 136 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 29 ss. En la STS 6 de octubre de 1993 (A. 7293), para apreciar el requisito de la agresión ilegítima, se exige un peligro real y objetivo con potencia de dañar. *Vide*, también, SSTS 3 de noviembre de 1993 (A. 8225); 11 de marzo de 1997 (A. 1944).

(34) Insisten, acertadamente, en que la mera apariencia de peligrosidad *ex ante* de la agresión no fundamenta una situación de legítima defensa real, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 152; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 271.

(35) No obstante, considera CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, pp. 128 ss.; el mismo, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal español I, artículos 1-22*, 1972, pp. 262 ss., que la creencia racional y fundada del sujeto de que concurren los requisitos de la legítima defensa, debe dar lugar a su apreciación de la eximente. En un sentido parecido, actualmente, MUÑOZ CONDE, ¿Legítima defensa putativa? ¿Un caso límite entre justificación y exculpación?, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, 1992, pp. 129 ss.; (publicado también en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, pp. 183 ss) quien recurriendo al «criterio objetivable de lo racional o de lo razonable» (es decir, atender a lo que hubiera hecho en las mismas circunstancias una persona

causa de justificación real supondría aceptar todos los efectos que generan las auténticas causas de justificación reales (36). Ello no sería correcto, según creo, pues, aun partiendo, como se hace aquí, de que la legítima defensa putativa por error invencible determina la exclusión de la antijuricidad, al no constituir una causa de justificación real, ni puede generar un deber de tolerancia frente a todos (en particular, la víctima de la situación putativa podrá acudir al estado de necesidad defensivo para repeler la acción emprendida en error), ni a exigir a terceros ajenos al error someterse a las reglas sobre interrupción de cursos salvadores, ni excluye la responsabilidad civil, ni podrá cerrar el paso a una posible omisión cualificada del deber de socorro de la víctima de la defensa putativa, etc. Por otro lado, como veremos en el siguiente apartado, en los supuestos de exceso en la defensa putativa, la ausencia de una agresión ilegítima real combi-

normal), se decanta por considerar la legítima defensa putativa basada en una creencia racional y fundada como una causa de justificación plena, «ya que la creencia subjetiva queda objetivada y convertida, a través de un proceso de normativación judicial, en una realidad jurídica». La agresión inexistente pero razonable y objetivamente creíble operaría así como causa de justificación próxima al riesgo permitido. Cfr., también, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 220, nota 567, y REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, 1999, pp. 354 ss., quienes, siguiendo a su maestro, Muñoz Conde, excepcionalmente dejan de aplicar el tratamiento propio de la teoría estricta de la culpabilidad a situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación cuando, de acuerdo con una perspectiva *ex ante*, su existencia sea objetivamente racional y fundada. Cfr. las críticas que dirige a la propuesta de Muñoz Conde de considerar los casos de error razonable y fundado sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como casos de auténtica legítima defensa, VALDAGUA, «Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de MUÑOZ CONDE» (trad. FELIP I SABORIT), en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, pp. 201 ss. Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 480 s., no considera del todo desacertada la posición del TS de equiparar los casos de creencia racionalmente fundada con la propia causa de justificación real, porque, aunque reconoce que no se puede apreciar la correspondiente causa de justificación de legítima defensa, estima aplicable otra causa de justificación (el caso fortuito) en el supuesto particular del error objetivamente invencible subsumible en el artículo 14.1 CP; el mismo, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en *Estudios penales*, 1991, p. 78.

(36) Sobre la necesidad de distinguir entre legítima defensa en sentido estricto y legítima defensa putativa, en atención al diverso fundamento de exclusión de la antijuricidad y a las consecuencias que de cada una se derivan, *vide*, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 268 ss., 329 ss. Se adhiere a esta distinción, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1998, 16/11-12. Cfr., también, la distinción que establece LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 574 ss., entre causas de justificación del resultado y causas de justificación (sólo) de la acción.

nada con un exceso intensivo impedirá la aplicación directa de la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1.^a CP, pues la justificación parcial del hecho a la que responde esta atenuante privilegiada requiere la presencia de los elementos esenciales de la eximente (37).

También es de valorar de forma positiva la tendencia que marca la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1989 a encuadrar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en los párrafos 1.^o y 2.^o del artículo 6 bis *a*) ACP (art. 14.1 y 2 CP). Tendencia que se concreta en una línea jurisprudencial, mantenida por el TS durante los años 80, que defiende el tratamiento jurídico correspondiente al error de tipo, esto es, impunidad si el error es invencible e imprudencia cuando se trata de un error vencible. En la STS 29 de abril de 1989 (A. 3575), se dice expresamente que «el error sobre un presupuesto fáctico de causa de justificación, concretamente a la legítima defensa, debe tratarse como un error en la infracción penal en la que se integran los elementos negativos excluyentes de la responsabilidad penal encuadrable en el error de tipo de los párrafos 1.^o y 2.^o del artículo 6.^o bis *a*). En caso de ser vencible el hecho se castigaría como culposo» (38). No obstante, también en los años siguientes a la reforma de 1983, el TS ha calificado en ocasiones al error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de prohibición, pero remitiéndose al tratamiento previsto en los párrafos 1.^o y 2.^o del artículo 6 bis *a*) ACP. Postura que sólo se consigue explicar a partir de una concepción del delito anclada en el causalismo clásico (dominante en la jurisprudencia española durante años), según la cual el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad dolosa y el error vencible de prohibición determina la aplicación de los preceptos de la imprudencia (39).

La jurisprudencia actual del TS entiende de forma mayoritaria que para solucionar los supuestos de legítima defensa putativa hay que acudir a la regulación prevista para el error en el Código Penal [art. 14 CP o art. 6 bis *a*) ACP]. Pero no siempre se manifiesta explícitamente

(37) En la STS 11 de marzo de 1997 (A. 1944) se señala que para la apreciación de la legítima defensa en todas sus manifestaciones, completa o incompleta, ha de poderse contar con el elemento básico de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas.

(38) Cfr., también, las SSTS 24 de septiembre de 1970 (A. 3562); 20 de marzo de 1972 (A. 1442); 20 de junio de 1984 (A. 3601); 29 de abril de 1989 (A. 3575); 2 de noviembre de 1987; (A. 8432) y 1 de diciembre de 87 (A. 9518).

(39) Cfr., en este sentido, las SSTS 26 de enero de 1984 (A. 418); 20 de junio de 1984 (A. 3601), 14 de diciembre de 1985 (A. 6262). Sobre esta postura jurisprudencial, *vide*, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 715 s.

en cuanto al número del artículo 14 CP [o párrafo del artículo 6 bis a) ACP] en el que deben entenderse incluidos dichos supuestos (40). Tampoco deja suficientemente claro que las consecuencias prácticas de tratarlos como error de tipo o de prohibición son muy distintas (41). No podemos decir que la jurisprudencia del TS siga un criterio unitario en el tratamiento de la legítima defensa putativa. Pero parece que en los últimos años se está decantando por la postura contraria a la aquí defendida, es decir, por tratar estos supuestos como error de prohibición, lo que determina la exclusión de responsabilidad penal si el error es invencible, o la disminución en uno o dos grados si es vencible (42). En algunas sentencias del TS la ubicación del error sobre los presupuestos de la legítima defensa en el párrafo 3.º se reconoce expresamente; mientras que en otras se deduce del tratamiento que se otorga al error vencible: reducción de la pena prevista en el artículo 66 ACP, en función de lo establecido en el artículo 6 bis a) ACP (43). Y, de forma sorprendente, en la STS 29 de marzo de 1995 (A. 2120) se establece que «la creencia errónea de la existencia de la

(40) Cfr. SSTS 3 de noviembre de 1992 (A. 8875); 14 de diciembre de 1994 (A. 10149); 28 de abril de 1997 (A. 4536).

(41) En la STS 3 de noviembre de 1992 (A. 8875) se llega incluso a afirmar que en ambos casos los efectos y consecuencias prácticas son análogos.

(42) Cfr., entre otras, las SSTS 3 de mayo de 1989 (A. 4047); 26 de mayo de 1989, 29 de abril de 1989 (A. 3575); 20 de febrero de 1992 (A. 1222); 22 de diciembre de 1992 (A. 10466); 10 de noviembre de 1993 (A. 8388); 13 de noviembre de 1993 (A. 8225); 16 de diciembre de 1993 (A. 9476) y 19 de octubre de 1994 (A. 8323). Más recientemente, la STS 17 de mayo de 1999 (A. 5402) califica el error sobre los presupuestos de una situación justificante como error de prohibición indirecto y le otorga el tratamiento previsto en el párrafo 3.º del artículo 14.

(43) En la STS 3 de mayo de 1989 (A. 4047), se estimó «presente un error sobre los fundamentos fácticos de una causa de justificación que llevó al inculcado a causar lesiones a otros en la creencia de que así le era lícito actuar en legítima defensa. La hostilidad mostrada por el grupo adverso, las horas de la madrugada en que se produjo el incidente, la tensión latente por los recientes acontecimientos creó en el inculcado la convicción de una agresión más que inminente, que desencadenó su acción lesiva con ánimo de repeler aquella y ponerse a salvo de un peligro que juzgaba real y objetivo. Una mejor información o más apurada cautela le hubiese permitido al Agente superar su situación de vencibilidad determinante del reproche legal, aunque éste venga traducido en una reducción de la pena por observancia de lo dispuesto en el artículo 66 del Código». En la STS 26 de mayo de 1989 (A. 4262), después de explicar el Tribunal que en la legítima defensa putativa quien se defiende lo hace bajo la errónea creencia de que, de modo inminente, va a ser objeto de una agresión ilegítima, actuando, por consiguiente, en la creencia errónea de estar obrando lícitamente, añade que «el único problema, pues, consiste en determinar si, en el presente caso, tal error era vencible o invencible, para aplicar las consecuencias correspondientes en el plano punitivo —vide artículo 6 bis a), párrafo tercero, del Código Penal».

agresión debe tener el tratamiento punitivo previsto en el artículo 66», pero no por tratarse de un error de prohibición vencible, sino de un error de tipo vencible.

En la línea de la actual jurisprudencia del TS, orientada a tratar el error sobre los presupuestos de la legítima defensa como un error de prohibición, se muestra la reciente STS 17 de mayo de 1999 (A. 5402). En dicha sentencia se considera la creencia errónea de estar siendo víctima de una agresión ilegítima como un error de prohibición indirecto, afirmándose que el error de prohibición «consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto [...]». Sin duda, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una situación justificante puede indirectamente determinar un error de prohibición, pero no como error de permisión (modalidad del error de prohibición), sino como consecuencia derivada (secundaria) del propio error sobre la situación fáctica. Por consiguiente, a mi juicio, sigue siendo necesario distinguir, pues, una cosa es que el sujeto piense que actúa lícitamente por creerse amparado por una causa de justificación que en realidad no existe (o por unos límites más amplios de los permitidos); y, otra muy distinta, que piense que actúa lícitamente por creer que se dan los presupuestos de una causa de justificación que efectivamente no concurren. En este segundo caso, cuando el sujeto cree que el ordenamiento ampara su actuación, ello se debe a una falsa representación de la situación justificante, lo que sólo indirectamente, y de forma secundaria, motivará un error de prohibición. De todo ello se deriva que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo negativo y, como tal, debe recibir el tratamiento correspondiente a todo error de tipo: aplicación directa de los números 1 y 2 del artículo 14 CP.

III

7. Vista la problemática general que plantea el error sobre la existencia de una agresión ilegítima, elemento esencial de la eximente de legítima defensa, pasamos a abordar la cuestión del *exceso intensivo en la legítima defensa putativa*. En primer lugar, hay que advertir que tratar el error sobre un elemento esencial de una causa de justificación (por ejemplo, la agresión ilegítima) como error de tipo, ni conduce de forma automática a la impunidad (error invencible), ni nos lleva siempre a apreciar un injusto imprudente (error vencible). En

efecto, una vez constatado el error sobre un presupuesto esencial de la eximente, todavía queda por ver si se dan los demás presupuestos de la misma. De faltar algún otro elemento, esta vez, no esencial como, por ejemplo, la necesidad del concreto medio empleado en la defensa, es cuando se plantea el tema del exceso intensivo en la defensa putativa. Con la expresión exceso intensivo en la defensa putativa se alude a aquellos supuestos en que el sujeto cree erróneamente que es víctima de una agresión que en realidad no existe; y, en su supuesta defensa, traspasa los límites que hubieran existido en caso de que la necesidad de defensa fuera real. Ello puede dar lugar a múltiples hipótesis: *aa)* concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/error invencible sobre un elemento inesencial; *ab)* concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/error vencible sobre un elemento inesencial; *ac)* concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/dolo sobre un elemento inesencial; *ba)* concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/error invencible sobre un elemento inesencial; *bb)* concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/error vencible sobre un elemento inesencial; *bc)* concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/dolo sobre un elemento inesencial.

7.1. En cuanto al tratamiento del exceso intensivo en la legítima defensa, lo primero que conviene puntualizar es que de conformidad con la doctrina mayoritaria, entiendo que el principio de proporcionalidad no rige en esta concreta causa de justificación; por lo menos, no en los mismos términos que en el estado de necesidad, donde se aplica en su versión más estricta (44). Sin embargo, de acuerdo con los prin-

(44) Con frecuencia, el TS considera implícita la exigencia de proporcionalidad en el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, excluyendo la aplicación de la eximente completa de legítima defensa en ausencia de dicha proporcionalidad, pero admitiendo la eximente incompleta. *Vid.* SSTS 18-7-1994 (A. 6645); 14-3-1998, (A. 2111); 20-5-1998 (A. 4890). Sobre esta tendencia de la jurisprudencia, críticamente, LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en: *Estudios penales*, 1991, p. 147; CORCOY BIDASOLO, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad», *ADPCP*, 1991, p. 927. Sobre ello, cfr., también, MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 214 ss.; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 334 ss.; GRACIA MARTÍN, en: VV.AA. (coord. Díez Ripollés y Gracia Martín), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, 1997, p. 79; BERNARDO DEL ROSAL, en: VV.AA. (coord. Vives Antón), *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, Arts. 1-233*, 1996, p. 138; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, en: VV.AA. (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), 1997, p. 99. La reciente STS 24-2-2000 se muestra contraria a equiparar la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, señalando que «para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo

cipios de solidaridad mínima y de prohibición del abuso del derecho, habrá que excluir todas aquellas defensas que puedan ser consideradas manifiesta o absolutamente desproporcionadas (45). En efecto, en casos de gran desproporción el exceso intensivo puede llegar a determinar un salto cualitativo, cuestionando ya la propia necesidad abstracta de la defensa, perdiendo toda legitimidad la facultad de defensa que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto. Considérese el caso académico, a menudo citado por la doctrina, del campesino paralítico que da muerte al ladronzuelo que intenta sustraer frutas de su huerto. También resulta válido el ejemplo de quien, sufriendo un ataque con los puños, dispara el arma que lleva consigo dando muerte al agresor, cuando podía haberse limitado a amenazar o a golpear con ella. En la

debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas, de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho».

(45) Cfr., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 16/41, quien admite restricciones a la legítima defensa en casos de extrema desproporción, explicando dicho reconocimiento como resultado coherente del paso del Estado liberal al Estado social. Cfr., también BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 310, para quien el principio de solidaridad mínima legitima una restricción al concepto de necesidad racional cuando «el único procedimiento defensivo con posibilidades de evitación del peligro origina riesgos en la esfera del agresor *absolutamente desproporcionados*». Por su parte, partiendo del principio de la ilicitud del abuso del derecho, entiende CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 237, que la reacción defensiva será ilícita «cuando aparezca como absolutamente desproporcionada no con el bien jurídico agredido, sino con la entidad criminal del ataque». Conectando el principio de proporcionalidad con el doble fundamento de la legítima defensa, considera IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 336 ss., que hay que excluir del ámbito de la justificación los casos de crasa desproporción de bienes. Para este autor (p. 319), el principio de proporcionalidad opera como «principio regulativo ético-social supralegal, rector y corrector de un ejercicio desconsiderado, abusivo o excesivo del derecho de defensa necesaria», convirtiéndose en «componente estructural y límite de las bases fundamentadoras del mismo» (*vid.*, también, pp. 320 ss.). En contra, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 609 y s., quien rechaza toda limitación a la amplitud de la legítima defensa basada en «restricciones ético-sociales», por considerar que carecen de base legal. También, críticamente, sobre la admisión de restricciones a la legítima defensa, admitiendo únicamente aquellas que se mantengan dentro de los límites de la interpretación, CORCOY BIDASOLO, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad», *ADPCP*, 1991, pp. 910 ss. Para QUERALT I JIMÉNEZ, *Introducción a la Policía Judicial*, 3.ª ed., 1999, p. 267, la proporcionalidad que sirve como limitación a la legítima defensa es mínima y adoptada por el legislador como técnica excluyente para la defensa de algunos bienes o de algunas modalidades de ataque.

STS 16 de diciembre de 1993 (A. 9476), se rechaza la legítima defensa, tanto completa como incompleta, de quien produce la muerte del propietario de un bar por impedirle la entrada en el mismo, bajo la consideración de que «no sólo la acción no era necesaria para la defensa invocada, sino que además la muerte del otro, si hubiera sido necesaria para ello, era exageradamente desproporcionada, toda vez que entre el supuesto derecho a entrar al bar y el derecho a la vida existe una diferencia jerárquica tan considerable, que en modo alguno se puede justificar que cualquiera que se vea impedido de entrar a un bar mate al ocasional oponente para ejercer su derecho».

7.2 En principio, parece evidente que el sujeto que incurre en un exceso intensivo en la defensa putativa no se puede beneficiar ni de la eximente completa (art. 20.4.º CP) ni de la incompleta (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.4.º CP). Por razones obvias, habrá que negar una completa exclusión de la responsabilidad penal vía artículo 20.4.º, pero tampoco podrá apreciarse directamente la eximente incompleta de legítima defensa (atenuante privilegiada prevista en el art. 21.1.ª CP). Y ello, porque la aplicación de la eximente incompleta en caso de que falte algún elemento no esencial queda condicionada a la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente. De hecho, la disminución de pena prevista para las eximentes incompletas no se basa tanto en la ausencia del elemento inesencial como en la presencia del esencial, que es precisamente lo que determina la disminución de la gravedad del injusto (46). Por tanto, en todos aquellos casos en que se produce un exceso intensivo en la defensa putativa, si el sujeto se representó erróneamente que el procedimiento defensivo concreto era el necesario para salvaguardar sus intereses, habrá que acudir a la regulación prevista en el Código penal para el error de tipo (47). En cambio, si el sujeto se excede en la reacción defensiva de forma consciente y voluntaria, a pesar de la existencia de un error sobre la agresión ilegítima, deberá res-

(46) Así, VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *ADPCP*, 1992, p. 569. A favor de entender que las causas de justificación incompletas determinan una menor gravedad del injusto, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 356; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 25/3; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 343 y 582; Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal*, pp. 743 ss., 761 ss.

(47) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 319, estableciendo que «el error sobre los presupuestos fácticos que condicionan la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión antijurídica seguirá las reglas de los errores de tipo limitador».

ponder por un injusto doloso. Pues, no se trata ahora de comparar los supuestos de error con los de ausencia de agresión ilegítima, sino con los casos en que dicha agresión efectivamente concurre. Con todo, entiendo que no se puede equiparar la comisión de un delito doloso en un contexto de ausencia de causas de justificación con la realización del mismo hecho bajo la suposición errónea de que se da una situación justificante, aunque en el marco de la misma se incurra en un exceso intensivo doloso (dejando ahora al margen casos de extrema desproporción). No se estaría atendiendo a la necesidad de dar un trato distinto a supuestos que no son iguales si no se tuviese de algún modo en cuenta el error sobre el elemento esencial. Tratamiento distintivo que nos permitirá una mejor realización del principio de igualdad y nos aproximará a soluciones más justas desde la perspectiva político-criminal.

7.3 Siguiendo a la doctrina dominante, partimos de que concurriendo los elementos esenciales de la legítima defensa ante un supuesto de exceso intensivo doloso sobre un elemento inesencial es posible aplicar una eximente incompleta, por entender que se produce una disminución del injusto del hecho (48). De ahí, creo razonable deducir que en los casos en que el sujeto se excede de forma consciente y voluntaria en el concreto medio empleado en la defensa *putativa* cabe aplicar la atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP, en relación con la eximente incompleta del artículo 21.1.^a CP; pudiéndose incluso apreciar una atenuante muy cualificada (conforme a la regla 4.^a del art. 66 CP) cuando el exceso sea considerado mínimo, o cuando la suposición errónea de que concurre una agresión ilegítima sea calificada de invencible. La atenuante muy cualificada quedará descartada cuando la falsa representación sobre la concurrencia de una agresión ilegítima derive de un error vencible,

(48) En este sentido, MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, p. 164; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1998, 16/62; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, p. 608; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998, p. 359; JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, p. 711; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., 1996, p. 470; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, en: VV.AA. (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), 1997, p. 98. No obstante, para VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *ADPCP*, 1992, p. 608, no toda disminución del injusto debe determinar la aplicación de una eximente incompleta. Precisamente, en casos de exceso intensivo doloso en la legítima defensa considera más correcto acudir a la atenuante analógica que a la eximente incompleta, siempre que se aprecie una cierta disminución del injusto.

porque éste determina una imprudencia que de algún modo debe ser tenida en cuenta. Por otro lado, excluidos de toda rebaja de pena quedarán los casos de extrema desproporción mencionados anteriormente, respecto a los cuales no cabrá apreciar ningún tipo de atenuante (49).

En la doctrina y jurisprudencia no se descarta la apreciación de eximentes incompletas analógicas (50). Pero, en cambio, se insiste en no atribuirles los efectos privilegiados de la eximente incompleta (es decir, que la atenuación no sea la prevista en el artículo 68, sino la que derive de las reglas del art. 66 CP) (51). La apreciación de una atenuante analógica en estos supuestos de exceso intensivo doloso en la defensa putativa se explica por el hecho de que el sujeto lleva a cabo su acción con la misma motivación que si se diera realmente la presencia del elemento esencial (52). De este modo, responderá el autor

(49) Hay que tener en cuenta que actualmente la atenuación prevista para las eximentes incompletas es facultativa, por lo menos desde una interpretación literal del artículo 68 CP. No obstante, la doctrina dominante interpreta que la rebaja de la pena prevista en el artículo 68 CP es obligatoria en un grado, y que lo facultativo («podrán») es la rebaja en dos grados (*vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., 1998, pp. 587 y s.).

(50) Cfr., entre otros, CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal español I, Artículos 1-22*, 1972, pp. 533 y 534 (p. 533: «la atenuante analógica puede ser estimada en relación a cualquiera de las nueve primeras circunstancias enumeradas en el artículo 9»); ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 117 ss., CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998, p. 366, para quien la atenuante del artículo 21.6.^a se refiere a todas las reguladas en los números anteriores del artículo 21, por tanto, también a las eximentes incompletas.

(51) Cfr., en este sentido, CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal español I, Artículos 1-22*, 1972, p. 534; ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, p. 65, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998, p. 369, nota 95, quienes, en relación a la anterior regulación, entendían que la atenuante a aplicar era la del artículo 9.10 (actual art. 21.6.^a) y no la atenuación privilegiada del artículo 66 (actual art. 68). Pero, como correctamente advierte CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998, p. 370, las atenuantes por analogía y, por tanto, las eximentes incompletas por analogía, también pueden apreciarse, como muy cualificadas a efectos de la regla 4.^a del artículo 66.

(52) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1998, 25/52. Pone este autor como ejemplo de supuesto en que habría que permitir la atenuante analógica aquel en que «actuando el sujeto movido por la motivación que constituye la esencia de la atenuante, lo haga con *error* y en realidad no concurren los elementos objetivos que deberían ser la base de la motivación». Entiende este autor que la analogía debe existir respecto al *efecto* de modificación del injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la *específica razón* que constituye el

por un delito doloso atenuado, lo que resulta necesario para poder diferenciar estos casos de aquellos otros en que el sujeto realiza el delito doloso sin que se aprecie ningún error. Esta solución favorece, a mi juicio, un sistema más distintivo, ya que otorga diferente tratamiento a supuestos que no manifiestan el mismo grado de injusto, determinando a su vez un diverso trato punitivo. Tampoco tienen por qué plantearse problemas en atención al principio de legalidad, ya que en la aplicación de la atenuante analógica prevista legalmente se está respetando la exigencia de que se trate de una circunstancia que suponga una menor gravedad del injusto o de la culpabilidad (en este caso, del injusto). Por otra parte, en los supuestos en que el exceso en la reacción defensiva no es consciente y voluntario, sino que se debe a una apreciación errónea de la necesidad racional del medio empleado para repeler la supuesta agresión, habrá que aplicar las reglas del error (error de tipo limitador). Así, salvo en los casos en que la invencibilidad del error se extienda tanto a elementos esenciales como inesenciales (hipótesis *aa*: impunidad), en las demás variantes de doble error sobre elementos esenciales e inesenciales (hipótesis *ab*, *ba*, *bb*), conforme al tratamiento que aquí se otorga a esta clase de error, habrá que mantener el castigo por injusto imprudente, siempre que el hecho dé lugar a un tipo de injusto imprudente expresamente previsto en la Ley.

IV

8. Volviendo a las sentencias que han dado origen a este comentario, la cuestión que en ellas se plantea es determinar el tratamiento jurídico que merece la conducta de cada uno de los procesados, Ángel y Luis Javier D. A., de disparar contra Manuel y contra Pablo V., respectivamente, produciéndoles la muerte, en la suposición errónea de ser víctimas de una agresión ilegítima por parte de estos últimos.

8.1 Lo primero que se advierte, al abordar la resolución concreta de estos casos, es que tanto por parte de la Audiencia como del Tribunal Supremo se está reconduciendo la defensa putativa al ámbito del

fundamento particular de cada atenuante. Cfr., también, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 368. Según este autor, «para apreciar una atenuante por analogía no basta con que se trate de una circunstancia que suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, pero tampoco es preciso que su substrato fáctico sea análogo al de alguna de las circunstancias reguladas de un modo expreso en los números anteriores del artículo 21. Basta con que ambas circunstancias obedezcan a una misma *ratio*, tengan el mismo fundamento».

error de prohibición. Así, claramente, la Audiencia Provincial de Valencia cuando condena al procesado Ángel como autor de un delito de homicidio en legítima defensa putativa por error vencible, acudiendo al artículo 66 ACP para determinar la pena, según lo establecido en el artículo 6 bis a), párr. 3.º ACP. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid condena al procesado Luis Javier por un delito de homicidio, «concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa putativa del artículo 66 en relación con el artículo 8 y artículo 6 párr. 3.º por error vencible (...)». La solución a la que llega la Audiencia en estos casos es congruente con su propio punto de partida en cuanto al tratamiento otorgado al error, pero descuida una parte del hecho al no atender al exceso intensivo en la defensa putativa que sin duda se produce.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de marzo de 1993, después de mencionar los distintos efectos que la legítima defensa putativa tiene en función de la naturaleza que se otorgue a dicha clase de error, se decanta por el tratamiento que corresponde al error de prohibición, confirmando así la sentencia dictada por la Audiencia, con la siguiente argumentación: «el error vencible del acusado afecta al obrar, afecta a su conducta material. Conoce “in genere” lo que es la legítima defensa y sobre todo sabe del homicidio doloso como acto por el que se priva de la vida a un ser humano. El error no estriba pues en el tipo delictivo sino en la ejecución de los actos que lleva a cabo porque cree que va a ser agredido y cree, muy especialmente, que ante ese acto injusto y no provocado ha de defenderse repeliéndolo. Su equivocación nada afecta al tipo, más bien a la culpa propia que estima aminorada pues que, aun respetando la Ley escrita, no tiene más remedio que obrar como lo hizo». En mi opinión, el Tribunal Supremo no está teniendo en cuenta que otorgar al error sobre los presupuestos de una causa de justificación el tratamiento propio del error de tipo, no significa afirmar que estamos ante un error de tipo en sentido estricto, pues mientras este último afecta a los elementos que fundamentan el injusto, el primero recae sobre aquellas circunstancias que limitan el injusto, lo que, tal como hemos visto anteriormente, no va a dejar de tener sus consecuencias. Al igual que la Audiencia, tampoco entra el Tribunal Supremo a considerar la posibilidad de apreciar un exceso intensivo en la legítima defensa putativa, dando con este proceder la falsa impresión de que una vez constatado el error respecto a un elemento esencial de la eximente de legítima defensa (agresión ilegítima), ya no es necesario examinar si falta algún otro elemento inesencial de la eximente (en este caso, la necesidad del concreto medio empleado). Distinta es la solución a la

que llega el Tribunal Supremo, en la STS 5 de octubre de 1999, al no admitir el Tribunal que el acusado obró en la errónea creencia de que era objeto de una agresión ilegítima, porque «no pudo contar con datos que objetivamente pudieran haberle llevado a esa subjetiva creencia», no tiene sentido cuestionarse el tema del exceso intensivo en la legítima defensa putativa. Negando el error que sufre el procesado, el Tribunal Supremo evita tener que aplicar la considerable rebaja de pena que determinaría la apreciación de un error de prohibición vencible, condenando de este modo al sujeto por un delito doloso de homicidio sin ningún tipo de atenuación.

8.2. Partiendo del relato histórico de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se tiene como probado que el procesado avanzó «hasta el Mercedes saliendo de su resguardo y empuñando su arma reglamentaria al tiempo que la puerta del conductor se entreabría ligeramente, viendo así el procesado la mano izquierda del conductor mas no la derecha, y observando igualmente cómo dicho conductor ladeaba la cabeza como mirando al interior del vehículo en cuyo momento el procesado, *interpretando que iba a ser objeto de agresión por parte de dicho conductor*, disparó contra el mismo, alcanzando el proyectil el polo frontal izquierdo de Manuel, saliendo después por la región parietal derecha y atravesando el cristal delantero del Mercedes hasta quedar incrustado en la esquina opuesta, resultando de ello el citado con heridas de tal consideración que le causaron la muerte al instante (...)». Y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se considera probado que el procesado «disparó su arma reglamentaria, (...) contra el conductor Pablo V., *en la creencia errónea de que éste iba a hacer uso de arma de fuego contra él*, alcanzando al mismo en la cara y ocasionándole la destrucción de centros vitales en la cabeza cuyo origen fueron los dos orificios de entrada y salida de la bala: el primero ubicado en la hemicara izquierda (región suborbitaria izquierda) y el segundo en la región temporoparietal derecha, lo cual produjo irremisible la muerte instantánea del sujeto» (la cursiva es mía).

Si éstos son los hechos, no cabe duda de que en ambos casos el error en el que incurren los procesados recae sobre la existencia de una agresión ilegítima, elemento esencial de la eximente de legítima defensa, y que, por tanto, no puede dejar de tener consecuencias en el ámbito jurídico-penal, con independencia de su ubicación sistemática y del tratamiento que se le dispense. A mi juicio, el hecho de que los procesados sean miembros de cuerpos policiales no puede desvirtuar la propia naturaleza del error (como concepto psicológico), aunque sí puede tener relevancia a la hora de efectuar el juicio de vencibilidad.

De este modo, podemos considerar que, tratándose en un caso de un Guardia Civil y en el otro, de un agente policial, la respuesta ante la supuesta agresión (disparar su arma contra el conductor) fue precipitada, porque se debió llevar a cabo un examen más cuidadoso de la situación, comprobando con mayor precisión si realmente concurría una agresión ilegítima (error vencible). En este sentido, en la STS de 9 de marzo de 1993 se afirma que el error no puede ser catalogado como invencible porque los conocimientos técnicos y la preparación del procesado lo impiden. Por otra parte, la concreta profesión también puede influir a la hora de establecer (siempre a partir de un examen *ex ante* de la situación) si existía a su alcance algún otro medio menos lesivo e igualmente efectivo en orden a repeler la supuesta agresión. Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuentan con una preparación y una formación que hace que por regla general dispongan en su actuación de un mayor número de alternativas idóneas menos lesivas que el ciudadano normal. Concretamente, en los casos que estamos analizando un disparo dirigido a otra zona corporal no vital del agresor (brazo, hombro, etc.) podía haber constituido un medio alternativo ciertamente menos lesivo e igualmente efectivo para hacer frente al (supuesto) peligro.

En definitiva, si entendemos, como parece desprenderse del relato fáctico de ambas sentencias, que, pese a la existencia de medios de defensa menos lesivos (e igualmente idóneos), los procesados han optado de forma consciente y voluntaria por emplear el medio de defensa más gravoso (producir la muerte), habrá que considerar ese exceso como doloso; y, en consecuencia, afirmar que estamos ante un supuesto de exceso intensivo doloso en la defensa putativa. En conclusión, teniendo presentes las consideraciones efectuadas anteriormente, la solución de estos casos será apreciar un delito de homicidio doloso, aplicando la atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP, en relación a la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1.^a CP, excluyendo, no obstante, la atenuante muy cualificada (prevista en el artículo 66, regla 4.^a CP) por haber sufrido ambos autores un error vencible en relación al elemento esencial (agresión ilegítima), y por haber incurrido en un exceso intensivo de notable importancia en cuanto al elemento inesencial (necesidad concreta del medio empleado) (53).

(53) A distinta solución llegaríamos de considerar que la elección del medio más gravoso deriva de un error vencible sobre la existencia de otros medios menos lesivos e igualmente efectivos. De ser este el caso, los procesados únicamente tendrían que responder por un homicidio imprudente.