

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

LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR Y LIMITES DEL DERECHO DE DEFENSA

(Comentario a la sentencia de 22 de enero de 1987)

M. TERESA CASTIÑEIRA

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. La legítima defensa del honor. 2. El caso de la sentencia de 22 de enero de 1987. 2.1. Ataque a la vida o a la integridad física. 2.2. El ataque al honor. 2.2.1. Aplicabilidad de la CDH. 2.2.2. Los requisitos de la legítima defensa. 3. Los límites de la legítima defensa. 3.1. Amplitud del derecho de defensa. 3.2. Límites al derecho de defensa. Grupos de casos. 3.3. Fundamentación legal de los límites. 3.3.1. Fundamento de la legítima defensa y función del Derecho Penal. 3.3.2. Protección de bienes jurídicos. 3.4. Conclusión. 4. Alternativas a la sentencia del Tribunal Supremo.

Cayetano estaba en su casa cuando compareció Anselmo ante su portal insultándole y amenazándole. Dijo, entre otras cosas, que iba a matarle. Acudió entonces Blas y, después de proveerse éste de un palo y de armarse Cayetano con un cuchillo de cocina, salieron ambos al encuentro de Anselmo. Le agredieron causándole lesiones que determinaron su muerte. Anselmo llevaba una navaja en el bolsillo, pero no llegó a sacarla de él. Los tres estaban ebrios en el momento de los hechos.

La Audiencia Provincial de Córdoba condenó a Cayetano y a Blas como autores de un delito de homicidio a la pena de 12 años y un día de Reclusión menor. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia.

En el recurso presentado ante el T. S. los procesados (hoy condenados) alegaron que habían actuado en legítima defensa. El T. S. no admitió la existencia de esta causa de justificación ya que, dijo, «la agresión ha de ser material, y no equivalen nunca a ella los insultos o injurias por graves que sean». Es decir *porque los ataques al honor no constituyen agresión ilegítima.*

1. LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR

El art. 8.4 del Código Penal declara exento de responsabilidad a quien *obra en defensa de su persona o sus derechos*. El art. 18 de la Constitución garantiza el derecho al honor. Esta disposición está situada en la Sección 1.ª del Capítulo segundo titulada *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. No parece posible poner en duda que el honor es un derecho de la persona. Y, además, es un derecho fundamental.

Esta es la opinión dominante en la doctrina (1), opinión que fue admitida por la jurisprudencia desde de la sentencia de 1 de mayo de 1958, la primera que reconoció la legítima defensa del honor (2). Pero junto a resoluciones que siguen la línea marcada por la sentencia citada han seguido dictándose otras en la línea tradicional, es decir, que rechazan de plano la legítima defensa del honor, o que entienden la agresión ilegítima como un acometimiento físico, con lo que se excluye el carácter de agresión ilegítima del ataque al honor por sí solo.

2. EL CASO DE LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1987

En la sentencia de 22 de enero de 1987 se rechaza la legítima defensa aludiendo a las dos vías antes mencionadas para negar la posibilidad de defensa del honor:

— No hay acometimiento físico.

— En cualquier caso, los insultos e injurias, por graves que sean, no constituyen agresión ilegítima.

No creo necesario insistir en la incorrección de ambos argumentos (3). En cambio, sí puede ser conveniente analizar si estamos ante un ataque al honor o ante un ataque a la vida o integridad física y cuál es el tratamiento que debe darse a la legítima defensa del honor.

2.1. Ataque a la vida o a la integridad física

En los antecedentes de hecho de la sentencia, consta que el 5 de junio de 1984 Anselmo había agredido a Cayetano con una navaja produciéndole lesiones. Los hechos que dan lugar al caso ahora comentado tuvieron lugar pocos días después, el 14 de junio de 1984, y no parece que la intención de la víctima fuera simplemente la de injuriar o amenazar a su enemigo, al menos ni la actitud ni las palabras —dice

(1) I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor y libertad de expresión*. Madrid (Tecnos) 1987, pp. 35 y ss. D. M. LUZÓN PEÑA: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona (Bosch Casa Editorial), 1978, pp. 349-350. M. J. MAGALDI PATERNOSTRO: *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Barcelona (Bosch Casa Editorial) 1976, pp. 171 y ss. S. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona (PPU), 1985, pp. 367-368.

(2) Sobre el cambio de postura jurisprudencial vid. M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 183 y ss.

(3) Cfr. bibliografía citada en nota 1.

que va a matar a Cayetano— ni su propia presencia en el portal a las tres de la madrugada lo indica. Pero de ahí no se puede deducir sin más la existencia de una agresión ilegítima contra la vida o integridad física. La agresión ha de ser *actual* (4), es decir ha de existir un peligro próximo de lesión del bien jurídico. Este peligro próximo que hubiera hecho surgir la necesidad de defensa no se dio en este caso como pone de relieve la sentencia: El procesado se hallaba en su casa, suficientemente protegido de riesgo personal. Manteniéndose en ella su vida e integridad física no corrían riesgo alguno y, si bien normalmente no se exige a quien es víctima de una agresión que huya, no creo que deba ampararse con la legítima defensa a quien, como en el caso presente, sale de su domicilio y se dirige al encuentro de quien está anunciando que va a matarle.

En resumen, no existió agresión contra la vida o integridad física.

2.2. El ataque al honor

La existencia del ataque al honor no se pone en duda por el T. S., al contrario, el tribunal reconoce su existencia pero se considera que los insultos e injurias no constituyen agresión ilegítima.

Ya se ha visto antes que la letra del art. 8-4 permite sin lugar a dudas la legítima defensa del honor. El problema no radica ahí, sino en determinar si puede justificarse la muerte del agresor en virtud de la legítima defensa del honor. La respuesta es negativa.

A continuación voy a tratar de justificar lo anterior. Para ello se analizará la legislación vigente partiendo de la necesidad de establecer ciertos límites al derecho de defensa.

La ley española concibe la legítima defensa con gran amplitud. La defensa permitida es la *necesaria* para repeler la agresión. Pero incluso un texto legal como el español permite establecer algunos límites al derecho de defensa, y eso cuando no es la propia ley la que los establece como sucede, por ejemplo, en el caso de defensa de los bienes o de la morada. Con carácter general los límites del derecho de defensa pueden derivar:

1. Del art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 («BOE» 10 octubre 1979). 2. De los propios requisitos de la legítima defensa.

1. *El art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas.*

Una vía para limitar las posibilidades de defensa la proporciona el CDH cuyo art. 2 establece:

«1. *El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en eje-*

(4) Cfr. M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 54 y ss.

cución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. *La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso absolutamente necesario:*

- a) *En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*
- b) *Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.*
- c) *Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.»*

El valor del art. 2 de la CDH para servir de fundamento a la prohibición de matar intencionadamente en defensa de determinados bienes jurídicos es discutido. Básicamente se plantean dos grupos de cuestiones:

- 1. Aplicabilidad de la CDH.
- 2. Casos que comprende.

2.2.1. *Aplicabilidad de la CDH*

El art. 2 de la CDH puede contemplarse de dos maneras distintas: como regulador únicamente de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos o como regulador, además, de las relaciones de los ciudadanos entre sí. En el primer caso no serviría para limitar el derecho de defensa, en el segundo sí (5).

Desde otro punto de vista, cabría entender que la CDH establece una obligación para el Estado. Este debería incorporar las disposiciones de la Convención a la legislación interna.

De la posición adoptada en los dos grupos de cuestiones planteadas dependerá que se pueda derivar o no una limitación del derecho de defensa. Se trata, en definitiva, de averiguar si matar intencionadamente a una persona está prohibido en Derecho español fuera de los casos mencionados en el art. 2 del CDH.

Las disposiciones de la Constitución al respecto son las siguientes:

«Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno» (art. 96-1) y «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10-2).

Si los Tratados internacionales celebrados y publicados en las condiciones establecidas en el art. 96-1 de la Constitución forman parte del ordenamiento interno, no parece haber dificultad alguna en enten-

(5) Cfr. N. BITZILEKIS: *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Norwehrechts*. Berlin (Duncker-Humblot), 1984, pp. 133 y ss., quien considera que la CDH es directamente aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí pero inútil en materia de límites a la legítima defensa. K. MARXEN: *Die «sozialistischen» Grenzen der Notwehr*. Frankfurt (A. Metzner), 1979, p. 61.

der que son aplicables a las relaciones de los ciudadanos entre sí; además, por si esto fuera insuficiente, el art. 10-2 de la Constitución obliga a interpretar las normas que afectan a los derechos fundamentales y libertades públicas de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en sentencias de 15 de octubre de 1982 (6) y 20 de diciembre de 1982 (7). Esta última dice: «... la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y añadimos ahora, *no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental*». (Fund. jur. 4).

Las normas reguladoras del derecho de defensa, en cuanto pueden permitir matar a otra persona, afectan a un derecho fundamental —art. 15 Constitución— y deben interpretarse conforme a lo dispuesto en la CDH, y ello sin que sea necesario, aunque pueda ser conveniente, una incorporación expresa al Código Penal de lo dispuesto en la CDH. La CDH forma parte del ordenamiento jurídico español.

2. SUPUESTOS QUE COMPRENDE

El art. 2 de la CDH dice que nadie podrá ser privado de su vida *intencionadamente*. No cabe decir que se ha producido una muerte intencional ni siquiera en todos los casos de muerte dolosa (8). En los supuestos de dolo eventual el sujeto no tiene intención de causar el resultado. Es decir, la vigencia de lo dispuesto en el art. 2 de la CDH no significa que fuera de los casos expresamente mencionados no quepa matar en legítima defensa; significa sólo que no cabe matar con dolor directo de primero o segundo grado, e incluso en este segundo caso podría discutirse.

De *lege ferenda* quizá sería mejor y, desde luego, más claro prohibir la muerte de otro en todos los casos en que el sujeto conociera que va a causar la muerte de otra persona.

La muerte intencionada de otro sólo está permitida «*en defensa de una persona contra una agresión ilegítima*». En la regulación de la legítima defensa el C.P. distingue entre la legítima defensa de la persona y la de sus derechos. Por legítima defensa de la persona se entiende la de sus atributos más fundamentales: vida, integridad física y libertad. Fuera de estos casos, en la legítima defensa de los derechos,

(6) STC 62/1982, de 15 de octubre.

(7) STC 78/1982, de 20 de diciembre.

(8) C. ROXIN: *Die «sozialistischen Einschränkungen» des Notwehrrechts*. —Versuch einer Bilanz— ZSTW —93— 1981, p. 99, considera que la CDH no comprende los casos de dolo eventual que son los que tienen significación en materia de legítima defensa.

la muerte intencionada de otro no está permitida, es decir, no está amparada por la eximente.

2.2.2. Los requisitos de la legítima defensa

La concurrencia de la actualidad de la agresión a la que se vincula la necesidad de defensa puede ser difícil en las agresiones al honor. En muchos casos, cuando la víctima puede defenderse, la agresión ya ha cesado y por tanto ya no es actual (9). Pero ello no significa que una agresión actual al honor, frente a la que queda legítima defensa sea imposible. Un ejemplo lo constituye la sentencia que se comenta: «Anselmo, se encontraba junto al portal de Cayetano dando fuertes voces insultantes y amenazantes». Existía en este caso una agresión actual y necesidad de defensa del honor.

La necesidad de la concreta defensa ha de interpretarse estrictamente. Permitir a quien es víctima de una agresión realizar *todo lo necesario* para repelerla no equivale a otorgar una patente de corso para causar cualquier daño al agresor.

Normalmente, cuando se analiza el requisito de necesidad o racionalidad del medio empleado para repeler la agresión se pone de relieve que el agredido debe emplear el medio menos lesivo, pero al enjuiciar el medio concreto utilizado se destaca que ha de tenerse en cuenta la situación de la víctima de la agresión. En algunas situaciones, no es exigible que el agredido realice un detenido examen de la situación y elija el medio menos lesivo y suficiente para repeler la agresión (10). Ello imposibilitaría toda defensa.

Pero la rigidez con que se examina si el agredido ha utilizado el medio menos lesivo para repeler la agresión deberá ser distinta según el tipo de bien jurídico objeto de ataque. No es lo mismo un ataque a la vida o a la integridad física que un ataque al honor. En el primer caso, no se puede exigir a la víctima de la agresión que elija, después de un detenido examen de las diversas posibilidades, el medio menos lesivo. Pero en el segundo sí. El ataque al honor no produce un riesgo tan vital que permita utilizar un criterio amplio para decidir si el medio utilizado para defenderse fue correcto.

Así se limitan los medios utilizables para defender el honor. En el caso de la sentencia que se comenta la aplicación de este criterio daría lugar a la estimación de la eximente incompleta.

3. LOS LÍMITES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

3.1. Amplitud del derecho de defensa

La letra del art. 8-4 del C.P. no establece más límites al derecho de defensa que los derivan de los propios requisitos de la eximente. El art. 2 de la CDH. sólo prohíbe la muerte intencional, excepto en los

(9) Cfr. D. LUZÓN: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pp. 434 y ss.

(10) Cfr. S. MIR: *Derecho Penal*, cit., p. 373 y M. J. MAGALDI: *La legítima defensa*, cit., pp. 214 y ss.

casos de agresión ilegítima contra la persona. En el ámbito de la legítima defensa de los derechos, el resultado de la defensa frente a una agresión ilegítima puede ser incluso la muerte del agresor, con la única condición de que no sea intencional. El medio empleado para impedir la o repelerla puede ser también cualquiera, siempre que sea racionalmente necesario. Necesidad racional que: 1) se refiere al medio para impedir o repeler la agresión, y 2) si falta, es decir, si se emplea un medio más lesivo de lo necesario, no da lugar a la desaparición de la legítima defensa, sino a la estimación de la eximente incompleta.

Esto significa que en el caso de la sentencia de 22 de enero de 1987 si se demuestra que la muerte no fue intencional y que el empleo de la navaja y la intervención de dos personas eran racionalmente necesarios para repeler la agresión al honor de Cayetano deba haberse apreciado la eximente de legítima defensa.

Pero ello hubiera resultado excesivo (11). El problema no es nuevo (12) y la doctrina penal ha puesto de relieve la necesidad de establecer límites al derecho de defensa en algunos grupos de casos (13).

2.3. Límites al derecho de defensa. Grupos de casos

La doctrina penal alemana ha sistematizado varios grupos de casos en los que, mayoritariamente, se considera necesario establecer límites al derecho de defensa (14). Son los siguientes:

1. *Agresiones de inculpables o de personas que actúan con culpabilidad disminuida.* Ante una agresión realizada por un sujeto en estas condiciones no cabría legítima defensa o sólo sería posible una defensa limitada.

2. *Provocación de la agresión.* Quien ha provocado la agresión no puede luego alegar legítima defensa.

(11) En este sentido J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1949, p. 127.

(12) J. ANTÓN, planteaba ya en 1949 la misma cuestión en relación a otro ejemplo: «El propietario de avanzada edad no puede evitar la sustracción de la fruta de su huerto más que haciendo fuego sobre el ladrón joven que, tras haberse burlado de sus admoniciones, huye ligero de pies. ¿Deberá resignarse el agredido a ver sucumbir su derecho o será preferible para mantener el imperio del orden jurídico sacrificar la vida de quien voluntariamente se ha puesto fuera de la ley?». *Derecho Penal*, cit., p. 247. El ejemplo de ANTÓN coincide sustancialmente con una de las primeras sentencias del Reichsgerichts que, en 1920, planteó el establecimiento de límites a la legítima defensa —el agredido dispara contra dos sujetos que huían tras haber sido sorprendidos robando fruta y causa lesiones graves a uno de ellos—. Cfr. A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*. Heidelberg (R. v. Decker & C. F. Müller), 1983, p. 2.

(13) Cfr., por ej., S. MIR PUIG: *Derecho Penal*, cit., p. 370 y en relación a la legítima defensa del honor. I. BERDUGO: *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 39-40.

(14) Cfr. Ch. BERTEL: *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, ZSTW —84—, 1972, pp. 1 y ss.; N. BITZLEKIS: *Die*, cit., pp. 108 y ss.; K. MARKEN: *Die «sozialistischen» Grenzen der Notwehr*, cit., pp. 60 y ss.; C. ROXIN: ZSTW —93—, 1981, pp. 81 y ss.; K. SEELMANN: *Grenzen privater Nothilfe*, ZSTW —84—, 1977, pp. 39 y ss. Ch. SCHÖNEBORN: *Zum leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation*, NZStr. —6—, 1981, pp. 201 y ss.

3. *Ataques insignificantes.* Para evitar el apoderamiento de una pequeña cantidad de dinero o de fruta se causan lesiones graves o incluso la muerte del agresor.

4. *Agresiones en el marco de relaciones de garante.* Por ejemplo, dentro del matrimonio.

Los anteriores son los supuestos sistematizados, pero junto a ellos van apareciendo nuevos casos en los que parece necesario limitar el derecho de defensa (15). Por ejemplo, supuestos en que la agresión no es insignificante pero sólo se puede repeler causando un *mal* absolutamente *desproporcionado*.

3.3. Fundamentación legal de los límites

Limitar el derecho de defensa en los casos anteriores y en algunos más quizá sea correcto desde un punto de vista de *lege ferenda*, pero es dudoso que lo sea atendiendo a las leyes vigentes.

Al limitar el derecho de defensa, se amplía el ámbito de lo punible y si ello se hace sin base legal suficiente, se está infringiendo el principio de legalidad (16). Efectivamente, si los límites del derecho de defensa carecen de base legal, habrá que concluir, que por muy necesarios que parezcan, no pueden establecerse hasta que sean incorporados a la ley.

Por consiguiente, hay que averiguar si existe base legal para las diversas limitaciones al derecho de defensa. Las justificaciones legales utilizadas por la doctrina y jurisprudencia alemanas varían según los autores y los grupos de casos: van desde el propio fundamento del derecho de defensa hasta la función del derecho penal, o la clase de bien jurídico atacado. Un análisis exhaustivo de las distintas fundamentaciones excede de los límites de este comentario. Por ello sólo se analizarán aquellas propuestas que intentan dar un fundamento general para todos los límites y se considerará su aplicabilidad al Derecho español.

3.1.1. Fundamento de la legítima defensa y función del Derecho Penal

La doctrina moderna atribuye un doble fundamento a la legítima defensa:

- uno de carácter individual, *la necesidad de protección del bien jurídico;*
- otro de carácter supraindividual, *la defensa del derecho* (17).

(15) A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., p. 9, y C. ROXIN: ZSTW, —93—, 1981, p. 80.

(16) Cfr. D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo en Comentarios a la Legislación Penal*. T. V. Vol I. Madrid (Edersa), 1985, p. 362. Muy crítico respecto a la legalidad de los límites. D. KRATSCHE: *Des (Rechts—) Gebot zur Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts*. JUS, 1975, pp. 436 y passim.

(17) Vid. D. LUZÓN: *Aspectos esenciales de la legitimidad defensiva*, cit., pp. 58 y ss. *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., pp. 228-229.

La desaparición en algunos casos concretos del fundamento supraindividual podría implicar la inexistencia del derecho de defensa.

La legítima defensa es también un instrumento para cumplir la función de prevención, general y especial, que se asigna al Derecho Penal, de manera que al doble fundamento le corresponde una doble función (18).

A partir de estas dos consideraciones se deduce que es posible limitar la defensa cuando el derecho no necesita ser defendido o cuando es innecesario desde el punto de vista de la prevención. Por ejemplo, la ley penal no castiga a los inculpables a pesar de que desapruéba su acción. Si el derecho no los castiga entonces no puede ser función del particular afirmar o mantener sin limitaciones el derecho frente a ataques de inculpables (19). El C.P. español tampoco castiga a los inculpables, pero por lo menos es discutible deducir de ahí que el particular no puede defenderse en los términos establecidos en el artículo 8-4 ante un ataque de estas características. Y si es dudoso, entonces debe rechazarse. La ley no excluye ni limita la posibilidad de defensa, excepto en el caso ya visto del art. 2 de la CDH. Ello no significa que no deba establecerse límite alguno al derecho de defensa, pero *ha de hacerlo la ley* (20).

Algo semejante ocurre respecto a los ataques insignificantes. En este caso, el C.P. español ya limita los supuestos en que existe agresión ilegítima en los casos probablemente más frecuentes: agresiones a los bienes y a la morada.

En el primer caso exige que el ataque constituya *delito*, no comprende las faltas, y en el caso de la morada sólo reputa agresión ilegítima parte de los comportamientos descritos en el delito de allanamiento de morada. En Derecho español hay comportamientos constitutivos de delito frente a los que no cabe legítima defensa; por ejemplo, mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador.

Al margen de los casos mencionados pueden subsistir ataques insignificantes; por ejemplo, constitutivos de falta contra las personas frente a los cuales cabe legítima defensa.

Establecer límites al derecho de defensa a partir del fundamento de la legítima defensa y de la función del Derecho Penal es demasiado vago. No permite concretar cuáles son esos límites ni a qué supuestos deben aplicarse. Es una buena argumentación para pedir que se establezcan límites, pero no para considerarlos vigentes.

(18) Cfr. D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., p. 229, y C. ROXIN: ZSTW, —93—, 1981, pp. 73 y ss.

(19) Cfr. C. ROXIN: ZSTW —93—, 1981, pp. 81 y ss.

(20) Parte de la doctrina española entiende que agresión ilegítima equivale a agresión antijurídica. Una vía para limitar la defensa sería, como propone LUZÓN: *Legítima defensa y Estado de necesidad defensivo*, cit., p. 236, exigir que además sea culpable y aplicar en estos casos el estado de necesidad defensivo.

3.3.2. Protección de bienes jurídicos

Desde una concepción matizadamente distinta del fundamento de la legítima defensa se trata de buscar una justificación distinta a sus límites. La legítima defensa cumple prioritariamente una función de protección de bienes jurídicos, la defensa del derecho queda en segundo término. El análisis del bien jurídico protegido en cada caso permite distinguir diversos grupos de casos de legítima defensa y, además, proporcionar un criterio general para los límites (21).

Distinción entre núcleo y ámbito de la legítima defensa. Es posible diferenciar entre aquellos bienes jurídicos que afectan esencialmente a la persona (vida, integridad física y libertad) y otros bienes jurídicos que aun siendo de carácter personal no son tan esenciales como los primeros. El criterio diferenciador entre unos y otros sería la disponibilidad.

A partir de ahí se distingue entre *núcleo* y *ámbito* de la legítima defensa. Al *núcleo* pertenece la defensa de los bienes estrictamente personales y al *ámbito* la defensa de los demás (22). Las posibilidades de defensa en uno y otro caso pueden ser distintas: ilimitadas en los ataques al núcleo y, en cambio, sujetas a ciertas limitaciones en los ataques al ámbito. Esta diferenciación tiene, según sus defensores, base en la letra del C.P. alemán.

Más que de un fundamento para los límites de la legítima defensa parece tratarse de una vía o criterio concreto para su establecimiento. Tal y como se propone, no es aplicable en Derecho español, pero está en la línea de las restricciones que establece nuestro C.P. El ataque a determinados bienes jurídicos (bienes y morada) debe revestir cierta entidad para constituir agresión ilegítima.

3.4. Conclusión

La doctrina penal plantea la necesidad de establecer ciertos límites al derecho de defensa. La ley española permite en bastantes casos limitar el derecho de defensa. Es más, así lo hace expresamente en la defensa de los bienes y la morada. Muchos de los casos en que la doctrina y jurisprudencia alemanas limitan el derecho de defensa se pueden resolver con el Derecho español vigente sin infringir el principio de legalidad: Agresiones insignificantes a los bienes, provocación de la agresión..., etc. Pero quedan otros, como los ataques de los inculpables o los casos de gran desproporción de bienes que, al margen de la rigidez en la interpretación de la necesidad de defensa y de medio, sólo pueden resolverse a través de una reforma de la ley.

Un ejemplo: A las nueve de la noche un alto empleado de una empresa acude a la oficina para recoger la documentación de su coche, que había olvidado. En aquel momento C se hallaba todavía trabajan-

(21) A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., pp. 8-9.

(22) Una exposición completa en A. MONTENBRUCK: *Thesen zur Notwehr*, cit., pp. 12 y ss.

do. A causa de los reiterados robos que se habían producido, la dirección de la empresa había pedido a C que estuviera alerta ante la posible presencia de personas sospechosas. C observó como A introducía dos pequeñas cajas de cartón en el portamaletas, e ignorando que las cajas estaban vacías se dirigió a A y le rogó que abriera el maletero. A se negó y se sentó al volante dispuesto a irse. Para impedirlo C asió el volante pero A arrancó bruscamente arrastrando a C diez o quince metros y causándole lesiones de consideración (23). En este caso el tribunal alemán entendió que dadas las circunstancias —fundamentalmente el error de C— A no podía realizar una defensa que puso en peligro la vida de C y le causó graves lesiones, cuando abriendo el maletero, lo que habría representado un pequeño menoscabo de su libertad de actuación, hubiera podido irse inmediatamente. Dada la desproporción de los bienes jurídicos en juego, la defensa se consideró como un abuso de derecho. A debía haber renunciado a su derecho a defenderse (24).

En este caso la necesidad de defensa está clara: A no pudo irse. Lo único que en Derecho español podría considerarse es la necesidad del medio, arrastrar C no era lo único que podía hacer A, podía haberle pegado un puñetazo o podía haber arrancado lentamente. En Derecho español debería apreciarse la eximente incompleta, pero no creo posible negar del todo la legítima defensa (25). No lo creo posible ni tampoco conveniente. El derecho de defensa debe limitarse o someterse en determinados casos a la exigencia de proporcionalidad, pero lo que no se puede hacer es excluirlo. Si en el ejemplo anterior se prescinde de la especificidad del caso a causa del error de C y se imagina un supuesto idéntico en el que C simplemente quiere ver el maletero por capricho. ¿Puede negarse a A la legítima defensa? ¿Puede cualquier ciudadano impedir a otro deambular libremente? ¿Estamos todos impedidos de toda reacción frente a quien nos detiene?

4. ALTERNATIVAS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El T. S. consideró a Cayetano y a Blas autores de un delito doloso de homicidio.

A partir de las consideraciones anteriores voy a tratar de exponer cuál debió ser la solución del caso.

1. Está claro que la legítima defensa del honor es posible. Lo que hay que averiguar es si concurrían en el caso presente los requisitos de esta eximente.

Antes se ha visto que el art. 2 de la CDH prohíbe la muerte intencionada de otra persona en legítima defensa del honor. El primer paso

(23) OLG. Hamm. Urt. v. 24. 11, 1976, NJW, 1977, p. 590 y ss.

(24) Cfr. sobre este caso H. SCHUMANN: JUS, 1979, pp. 559 y ss.

(25) Al margen de la problemática que plantea el error de C.

ha de consistir en averiguar si la muerte de Anselmo fue intencionada y las consecuencias de ello.

En los Antecedentes de Hecho de la sentencia se dice que «el resultado fatal no se hubiera producido necesariamente en un sujeto normal atendido en un centro sanitario dentro de un periodo prudencial, pero dadas las circunstancias de salud del agredido, víctima de una cirrosis hepática avanzada, las lesiones se complicaron y originaron su muerte».

La muerte se produjo por la concurrencia de las lesiones causadas por los procesados y la cirrosis de la víctima. La constitución anormal de la víctima no excluye la imputación objetiva del resultado, pero el hecho de que las lesiones fueran insuficientes para causar necesariamente la muerte, puede indicar que los autores no tenían intención de matar. El T. S., siguiendo una doctrina establecida en los últimos años, atiende a una serie de datos objetivos para determinar si existe intención de matar: circunstancias anteriores entre autor y víctima, región corporal vulnerada, reiteración de golpes, naturaleza del instrumento..., etc. En el caso presente entendió que existía intención de matar.

Si ello es así, la muerte no puede estar justificada por legítima defensa en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la CDH.

A partir de ahí, cabe entender que hay responsabilidad plena, llegando entonces, aunque por un camino distinto, a la misma conclusión que el T. S., o que es posible, sin excluir totalmente la responsabilidad, es decir, sin infringir lo dispuesto en el art. 2 de la CDH, exigir una responsabilidad atenuada.

Si se tiene en cuenta que sólo con que la muerte se hubiera causado con dolo eventual ya hubiera podido justificarse según la CDH, no parece disparatado pensar que en este caso hay que atenuar la pena. No es lo mismo matar sin que previamente haya existido agresión alguna, que matar en defensa frente a una agresión ilegítima: el injusto en el segundo caso es menor (26).

La vía para proceder a esta atenuación podría ser la propia eximente de legítima defensa. Los requisitos esenciales de la eximente concurren y la CDH no dice que en estos casos no haya legítima defensa, sino sólo que no se puede matar intencionadamente. Esta prohibición puede incardinarse en el requisito segundo, y entender que cuando se ha causado intencionadamente la muerte, cabe la eximente incompleta.

Además, el art. 66 deja un amplio margen para la determinación de la pena y eso permite tomar en consideración las características de cada caso. Si en el supuesto concreto resulta que el injusto es casi el mismo que se hubiera producido de no haber existido agresión ilegítima, la conclusión es que puede imponerse casi la misma pena: La sentencia condena a los autores a la pena de 12 años y un día de Reclusión menor. Con la tesis aquí defendida se les podría condenar a una pena de hasta 12 años, pero también a una pena notablemente inferior.

(26) D. LUZÓN: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, cit., p. 260.

2. Pero, dadas las características del caso, también es posible entender que la muerte no fue intencionada y que se debió sólo a dolo eventual. Si no existió intención en relación a la muerte ya no rige la prohibición de la CDH. Ya se ha dicho que los requisitos esenciales de la legítima defensa concurren. Pero incluso en el caso de que la muerte fuera debida a dolo eventual no puede considerarse como medio necesario para repeler la agresión al honor. Es más, la muerte del agresor no puede serlo nunca.

Cayetano tenía a su disposición otros medios, se hallaba en su casa y podía y debía haber llamado a la policía. Este hubiera sido un medio menos lesivo y además más seguro para repeler la agresión al honor de Cayetano.

En definitiva, el medio empleado para repeler la agresión no fue racional ni necesario. Por tanto, también en el caso de que los autores hubieran actuado con dolo eventual faltaría el requisito segundo de la legítima defensa y habría entonces que acudir a la eximente incompleta.

Así se comprende la afirmación de la doctrina alemana de que el art. 2 de la CDH es inútil ya que se puede llegar a los mismos resultados en los casos en que aquél no es aplicable. Pero de cualquier forma, es positivo que exista una disposición legal que diga expresamente que sólo se puede matar intencionadamente a otro en defensa de la persona.

