

**PROF. DR. FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

**Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla**

**¿"Legítima" defensa putativa?  
Un caso límite entre justificación y exculpación (\*)**

---

(\*) Trabajo presentado al Coloquio internacional celebrado en Coimbra en homenaje al Profesor Claus Roxin, en Mayo 1991.

1. En su conocida monografía de 1970 "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem" traducida por mí al castellano en 1972, decía mi admirado maestro Claus Roxin, que "la *antijuricidad*... es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo... Se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios" (1). Y cuando habla de antijuricidad se refiere también y sobre todo, como es lógico, a su vertiente negativa, las causas de justificación, verdadero campo de batalla donde se enfrentan diariamente los intereses de los individuos entre sí o de los individuos y la sociedad.

Preocupado por que la solución de estos conflictos no se derive sin más de la aplicación automática de los conceptos dogmáticos, y buscando en todo momento que dicha solución puede igualmente ser satisfactoria desde el punto de vista político-criminal, propone Roxin en la monografía antes comentada el desarrollo de "un número limitado de principios ordenadores materiales, que combinados diferentemente, determinen el contenido de las causas de justificación y cuyo juego en el caso concreto fije el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta, sobre la justificación o el injusto" (2).

---

(1) ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 40.

(2) ROXIN, ob. cit., p. 57.

Y es la legítima defensa, tema al que después ha dedicado nuestro homenajeado un excelente trabajo (3), donde más se plantea la necesidad de revisar las conclusiones a las que ha llevado la aplicación automática de unos conceptos dogmáticos elaborados de espaldas a las necesidades político-criminales, que en este sector tienen una fuerte connotación social.

El derecho a la legítima defensa es evidentemente un derecho fundamental del individuo, tan elemental y tan viejo como la propia condición humana y el instinto de supervivencia; pero el recurso al mismo, en un moderno Estado de Derecho, no puede ser la norma, sino la excepción que, en todo caso, debe ser delimitada con la mayor precisión. En este, como en tantos otros temas, han sido decisivos y magistrales los trabajos del Prof. Roxin, que siempre ha visto en la legítima defensa uno de esos temas en los que inmediatamente sale a la vista la aparente contradicción entre la solución sistemática y la problemática, entre Dogmática juridicopenal y Política Criminal, cuya desvinculación en esta materia es mucho más deplorable que en ninguna otra.

¿Por qué hay que aplicar, preguntaba en 1970 Roxin, el principio de prevalencia del Derecho en los casos de ataques realizados por niños y enfermos mentales para justificar la legítima defensa, cuando hubiera sido suficiente simplemente con evitar el encuentro, sustrayéndolo así al ataque? (4).

A hacer prevalecer el Derecho está llamado sólo el Estado, no el individuo (5), y, en todo caso, "el Ordenamiento

---

(3) ROXIN, *Las restricciones éticosociales al derecho de legítima defensa*, traducción de Gómez Benítez, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 17, 1982, p. 297 y ss.

También del mismo ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, 2StW 75, 1963, p. 541 ss.; *Vom welchen Zeitpunkt an ist der Angriff gegenwärtig*, en *Gedächtnisschrift für Tjong*, 1985, p. 185 y ss.; *Über den Notwehrexzess*, en *Festschrift für F. S. Schaffstein*, Gotinga, 1975, p. 105 ss.

(4) ROXIN, *Política criminal*, cit., p. 60.

(5) ROXIN, *ob. n. cit.*, p. 65 nota 68.

jurídico” no necesita “imponerse” a las personas que no puedan motivarse por las normas infringidas por ellos y que precisamente por esto quedan impunes (6).

Ello le conduce a reducir la legítima defensa a la idea de autoprotección, declarando como un tabú, en principio, “el ejercicio de la fuerza por los particulares en tanto no sirva exclusivamente a la propia protección y limitando con “restricciones éticosociales” el derecho a la legítima defensa (7).

De acuerdo, fundamentalmente, con las premisas del ilustre maestro, me voy a ocupar seguidamente de uno de los aspectos más discutidos y confusos del derecho a la defensa, de la llamada “defensa putativa” que, indudablemente constituye uno de los problemas más frecuentes. El problema incide también en el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación y, con ello, en la delimitación entre las causas de justificación y de exculpación, verdadero campo de batalla en la diferenciación entre injusto y culpabilidad.

2. Comencemos nuestra intervención citando varios casos que pueden servir como modelo o punto de partida para la exposición de nuestras tesis.

1.<sup>er</sup> Caso: “Antonio, opulento banquero, que últimamente viene recibiendo amenazas de muerte y secuestro de un grupo terrorista, dispara en la oscuridad de la noche contra alguien que está escalando la verja de su chalet, matando a su hijo que no quería que su padre se enterara que regresaba a tan altas horas de la noche”.

2.<sup>o</sup> Caso: “En un vagón del metro de New York en el que viajan en ese momento 15 ó 20 personas, cuatro jóvenes de raza negra se dirigen a uno de los pasajeros, que ya ha sido atracado varias veces, pidiéndole con cierto descaro que les dé

---

(6) ROXIN, ob. n. cit., p. 60.

(7) ROXIN, ob. cit., nota 3.

cinco dólares. El pasajero sin mediar palabra saca un revólver y dispara cinco tiros, alcanzando a uno de los jóvenes que queda gravemente herido" (Caso Goetz).

3.<sup>er</sup> Caso: "Luis, dueño de un supermercado, al que ya han atracado varias veces, observa, al ir a cerrar su establecimiento a última hora de la tarde, que entra con cierta precipitación un joven, *con un parecido extraordinario con uno de los que ya lo han atracado anteriormente*, pero que en realidad es un trabajador que había olvidado comprar algunos alimentos para la cena. El comerciante, sin pensarlo dos veces, nervioso y asustado, creyéndose ante la inminencia de otro atraco, saca un revólver y dispara contra el trabajador, hiriéndolo gravemente".

4.<sup>o</sup> Caso: Tres jóvenes novilleros en plena juventud y con ganas de triunfar y labrarse un porvenir en la fiesta nacional deciden una noche desplazarse a una finca cercana y tentar algunas reses de la ganadería de un rico propietario de la localidad. Tras saltar la cerca y cuando trataban de apartar algunas reses, son sorprendidos por los vigilantes de la finca que, en lo que ellos creen legítima defensa de la propiedad y siguiendo las órdenes del ganadero, disparan sin previo aviso, a bocajarro contra los tres jóvenes, matándolos a los tres.

5.<sup>o</sup> Caso: Un simulacro de asalto, sin previo aviso a una comisaría de Policía sembró la alarma en el interior y en los alrededores de la Delegación del Gobierno de la capital. Miembros de la policía encargados de la custodia de este centro oficial llegaron a montar su arma reglamentaria para repeler el supuesto atentado, que fué protagonizado por el denominado Grupo Operativo Especial de Seguridad (GOES). En medio de la confusión, un policía salió a la calle para cubrir con su cuerpo a dos niñas que transitaban por el lugar, ajenas al suceso, haciendo uso de su arma reglamentaria e hiriendo gravemente a uno de los supuestos asaltantes.

3. Tenemos aquí cinco casos en los que alguien cree con cierto fundamento que va a ser objeto de una agresión o

incluso de un ataque mortal, y emplea fuerza o violencia contra una persona que de hecho no es un agresor. Y con ello aparece el problema que en la doctrina y en la jurisprudencia se conoce como "legítima defensa putativa", es decir, como la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente existente (7 bis).

En una primera aproximación al problema podemos sentar la siguiente tesis: La utilización de fuerza por parte del que se defiende de una presunta agresión que sólo existe en su mente, no puede ser justificada. La justificación o conformidad a derecho es un fenómeno objetivo. Las simples creencias no pueden generar justificación, aunque sí pueden excusar o exculpar, o por lo menos atenuar la responsabilidad del que actúa movido por ellas. Por eso, el presunto agresor, en realidad, inocente agredido por el defensor putativo, tiene derecho a defenderse de la persona que erróneamente lo tomó por un agresor.

En pocas palabras: tanto el defensor putativo, como presunto agresor pueden ser absueltos: el defensor putativo en base a su razonable y fundado error; el presunto agresor en base a la legítima defensa.

En la legítima defensa putativa ocurre un fenómeno muy curioso de cambio de papeles: el que cree que se defiende es, en realidad, un agresor; y el que fue tomado por un agresor termina finalmente defendiéndose legítimamente de la agresión real que sufre. Y por paradójico que parezca, ambos

---

(7) (bis) De la defensa putativa debe distinguirse el exceso en la misma, pues, como dice Roxin (*Über den Notwehr excess*, lug. cit., nota 3, p. 118) "el concepto de exceso en la defensa putativa (*Putativnotwehr excess*) debe reservarse para el caso en que alguien se imagina erróneamente una agresión que ni existía, ni existe, y, por confusión, miedo o pánico, traspasa con su "defensa" los límites de hubiera habido en caso de una situación de defensa real". El exceso en la defensa putativa debe distinguirse además del exceso extensivo, pues, como el mismo Roxin dice (lug. n. cit., p. 119), "donde una acción no está en inmediata conexión con una situación de defensa real (sea coetánea, anterior o ya acabada) no hay límites que puedan ser traspasados".

pueden quedar exentos de responsabilidad criminal, aunque, incluso, se infieran mutuamente graves lesiones.

El problema, sin embargo, no es que queden exentos de responsabilidad, sino si esa exención de responsabilidad tiene el mismo fundamento y la misma importancia jerárquica dentro de los diversos grados o secuencias de la teoría general del delito.

4. Nos encontramos aquí ante un caso de los que en la doctrina se suelen tratar con el nombre de "error sobre los presupuestos fácticos u objetivos de las causas de justificación" o "error sobre el tipo permisivo" y para cuya solución se ofrecen fundamentalmente estas dos teorías (8).

a) La llamada *teoría de la culpabilidad*, según la cual, al formar parte de las causas de justificación los presupuestos fácticos de las mismas (por ej. la agresión ilegítima en la legítima defensa), el error sobre ellos debe ser tratado como el error sobre la causa de justificación misma, es decir, como un error de prohibición que no afecta para nada al tipo de injusto del delito cometido (homicidio, lesiones), sino sólo a la culpabilidad del sujeto que actúa erróneamente, bien excluyéndola totalmente, bien, caso de error vencible, atenuándola solamente.

Conforme a esta teoría, que es la que hemos defendido como punto de partida, la acción del que cree que actúa en legítima defensa sería antijurídica, aunque su autor no sea culpable, y, por eso, la persona que ha sido confundida erróneamente con un agresor, puede defenderse legítimamente (9).

---

8. Para una exposición más amplia del problema, en la bibliografía española, puede verse: MUÑOZ CONDE, *El error en el Derecho penal*, Valencia, 1989.

9. En España acogen esta teoría: CEREZO MIR, *La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su transcendencia en los delitos monetarios*, en *Anuario de Derecho penal*, 1985, p. 277 ss.; GOMEZ BENITEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 1984, p. 313; MUÑOZ CONDE, *El error*, cit., p. 52 ss.; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, p. 145 s; COBOS GOMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid, 1985, p. 265; y, en general todos los autores que acogen en su sistema los postulados de la teoría final de la acción.

b) Por el contrario, la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo* y otras variantes que acogen sus resultados, al considerar los presupuestos objetivos de las causas de justificación como "elementos negativos del tipo" tratan el error sobre los mismos como un "*error de tipo*", es decir, como un error que incide ya sobre la propia configuración típica del delito en cuestión, transformándolo en un delito imprudente si el error es vencible o excluyendo incluso totalmente la responsabilidad, si el error era invencible (10).

Las consecuencias a que esta tesis conduce son las siguientes (11):

1.ª) Al faltar, en caso de error invencible, el tipo del delito, el hecho dejaría de ser antijurídico y la víctima del error no podría repelerlo en legítima defensa. Así, por ejemplo, el cliente que por su parecido físico extraordinario con un atracador, fue tiroteado por el comerciante que creyó erróneamente que iba a ser de nuevo atracado, no podría ni siquiera defenderse legítimamente.

2.ª) Tampoco sería punible la participación de un tercero que conociendo el error, coopera o induce, a pesar de todo, a repeler al presunto agresor. En el caso anterior, la cajera del establecimiento que conoce la verdadera situación, pero que por venganza, enemistad u odio hacia el cliente, no advierte al dueño del supermercado de su error e incluso le alcanza la

---

(10) Partidarios de esta teoría en España son MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 452; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 33 ss, 51 ss.; BERDÚGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *El tratamiento del error en la reforma de 1983*, en *Anuario de Derecho de Derecho penal*, 1985, p. 709 ss. A conclusiones similares llegan los que mantienen la llamada *teoría del dolo* o una teoría causal de la acción.

(11) Para una valoración global de las mismas, véase MUÑOZ CONDE, *El error*, cit., p. 132 ss; también, en la bibliografía alemana, KUHLEN, Lothar, *die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum*, Frankfurt am Main, 1987, p. 327 ss.



pistola, debería quedar conforme a los principios de la accesoriadad de la participación y de la exigencia del dolo en el autor principal, impune.

3.º) Y además si el resultado de muerte o de lesiones del cliente no se produce, tampoco sería punible la tentativa pues esta forma de aparición del delito, exige, como es sabido, el dolo. Así pues en el caso del comerciante quedaría impune, incluso aunque actuase con error vencible, pues en los hechos imprudentes no es punible la tentativa.

Naturalmente, las consecuencias son completamente distintas si se considera que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación en ningún caso afecta a la configuración típica, dolosa o culposa, del delito en cuestión.

Si el error de esta naturaleza no afecta para nada a la configuración típica del delito, en el caso del comerciante antes citado, el cliente podría reaccionar en legítima defensa; la cajera podría ser acusada, por compliidad, cooperación necesaria o inducción al hecho doloso del comerciante; y si éste no llegar a consumar su propósito de matar o lesionar al cliente, podría todavía responder por tentativa de un delito de homicidio o de lesiones.

Pocas veces se verá que una discrepancia, en principio, puramente sistemática, puede tener consecuencias prácticas tan dispares, incluso para el que putativamente se defiende. Así por ejemplo cuando el error es vencible y el sujeto que cree defenderse de un presunto atracador hubiera podido salir de su error actuando con mayor diligencia cerciorándose de la identidad del presunto agresor, preguntando antes de disparar, etc. El tratamiento de este error conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo conduce todo lo más a admitir en los tres casos citados al principio, homicidio o lesiones por imprudencia (art. 565, C.P. en relación con el art. 6 bis a, 2.º).

El tratamiento de ese mismo error vencible conforme a la teoría estricta de la culpabilidad conduce, en cambio, a mantener la responsabilidad por el correspondiente tipo doloso

del delito de homicidio o de lesiones, si bien atenuando la pena facultativamente en uno o dos grados (art. 66 en relación con el art. 6 bis a, 3.º).

En favor de esta segunda tesis puede aducirse además que, desde el punto de vista valorativo, el error sobre un elemento objetivo, fáctico (la presunta agresión) se diferencia de otros errores sobre elementos fácticos de la tipicidad. Como decía Welzel, no es lo mismo matar a un hombre que a una mosca. En la legítima defensa putativa, en el error sobre su presupuesto fáctico la agresión ilegítima se confunde a un pacífico ciudadano con un peligroso agresor, el que cree que se esta defendiendo sabe que mata a otra persona y quiere hacerlo, si bien se cree legitimado para ello. En el error de tipo, o sobre un elemento integrante de la infracción penal como dice el párrafo 1.º del art. 6 bis a, el cazador, por ejemplo no sabe que dispara contra otro cazador, sino que cree que lo hace contra un animal de caza. Por eso, mientras en este segundo caso, se puede aplicar sin problema la pena del homicidio por impudencia, en el primero hay un homicidio plenamente doloso si bien su pena puede ser atenuada conforme dispone el art. 6 bis a), en relación con el art. 66, si el sujeto que creía erróneamente defenderse de una presunta agresión actuó con error vencible.

La distinta trascendencia de uno y otro error salta, pues, a la vista.

Pero incluso cuando el error es invencible y conduce, tanto en un caso como en otro, a la impunidad total por el hecho realizado, esta impunidad no tiene el mismo significado según se la fundamente como un error de tipo o como un error de prohibición.

El error invencible de tipo o, como lo llama el párrafo 1.º del art. 6 bis a), "sobre un elemento integrante de la infracción penal", conduce a la impunidad por falta de dolo y de imprudencia; es, por tanto, similar al caso fortuito (art. 6 bis b) y no permite siquiera traspasar el primer estadio de la teoría

del delito: la tipicidad (siempre que se entienda, claro está, que ésta abarca el dolo y la imprudencia como elementos del tipo subjetivo).

Por el contrario, el error invencible de prohibición o, como lo llama el pfo. 3.º del art. 6 bis a, "creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente", conduce también a la impunidad, pero no porque no exista un tipo de delito completo con todos sus elementos al que vincular la responsabilidad criminal, sino porque el tipo de delito, dolosa o imprudentemente realizado, no puede atribuirse a su autor como culpable del mismo.

El tratamiento de las causas de justificación putativas en general y de la llamada "legítima" defensa putativa en particular no puede, por tanto, ser el mismo que el que se concede a las causas de justificación basadas en presupuestos fácticos realmente existentes. En las primeras se llega a la impunidad cuando el error es invencible, por exclusión de la culpabilidad, una categoría del delito que permite solucionar las representaciones erróneas del autor del delito que no afectan a los elementos integrantes de la tipicidad del delito, y que dejan subsistentes la antijuricidad del comportamiento. En las segundas, la impunidad se deduce pura y simplemente de la licitud del comportamiento realizado, el hecho deja de ser antijurídico por darse en su plenitud los elementos, objetivos y subjetivos, de la causa de justificación.

5. De esta opinión se aparta la jurisprudencia española o, por lo menos, un buen sector de la misma, que suele equiparar, sobre todo en el caso de legítima defensa putativa, la causa de justificación putativa con la realmente existente, siempre que la errónea representación de los presupuestos objetivos sea *racional y fundada*, es decir, invencible. Mientras que si es vencible acude a la responsabilidad por imprudencia (12).

---

(12) Una buena exposición de la jurisprudencia tradicional hace CORDOBA RODA, en CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona 1972, tomo I, p. 260 ss.

Dejando aparte esta segunda afirmación, la de exigir responsabilidad por imprudencia en caso de error vencible, que coincide con las tesis mantenidas por la teoría de los elementos negativos del tipo, teoría del dolo, etc., a las que ya hemos criticado anteriormente, fijemos ahora nuestra atención en esa primera afirmación de que siempre que la errónea suposición del presupuesto fáctico de una causa de justificación sea racional y fundada, la causa de justificación putativa debe equipararse a la realmente existente.

Como ya en su día expuso CORDOBA RODA (13), según la jurisprudencia "la fundada creencia en la agresión ilegítima... motiva... la estimación del... requisito, *al igual como si el mismo realmente hubiera ocurrido*".

Son varias las razones que avalan este proceder jurisprudencial. Por un lado, razones probatorias que obligan siempre a los Tribunales a fijar su atención en aquellos datos o indicios que puedan objetivar y hacer creíbles las alegaciones hechas por los acusados respecto a sus motivaciones, móviles y personales creencias. Todos los elementos subjetivos son de difícil prueba en el proceso penal, ya que el juez no puede observarlos directamente, sino todo lo más deducirlos. Para ello ha de basarse en datos o indicios que además de verificables empíricamente, puedan revelar del modo más completo posible, el elemento subjetivo que se quiere comprobar (14).

En la legítima defensa los indicadores objetivos de una agresión ilegítima han sido ampliamente desarrollados por la jurisprudencia, dada la importancia que este requisito tiene para la afirmación de dicha eximente, tanto en su versión completa, como incompleta. A este respecto dice S.T.S. de 11 de marzo de 1972 (R.1228), ponencia de Escudero del Corral, "en la apreciación de la legítima defensa putativa, creada tanto

---

(13) CORDOBA RODA, ob. cit., p. 265 s.

(14) Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona 1984, p. 227 y ss.

por error vencible como invencible, ha de procederse por el Juez con suma moderación, al realizar el juicio valorativo de la conducta humana, en que puede aquella basarse, exigiendo la clara y fundada precisión objetiva de la figuración falsa o ideal del agente, de acuerdo siempre con sus calidades subjetivas y la realidad de los acontecimientos concurrentes”; añadiendo luego “que, en definitiva, ese error ha de hallarse plenamente demostrado y recogido, a poder ser por declaración directa y fundada fácticamente del Juzgado de Instancia”.

En este sentido, en los pocos casos en que claramente la jurisprudencia ha estimado la legítima defensa putativa plenamente se trataba de supuestos en los que el agente o un hijo suyo habían sido ya anteriormente atacados, o las circunstancias del lugar, paraje oscuro y deshabitado, barrio de mala nota, altas horas de la noche, la actitud y pinta de los presuntos agresores, etc., permitían deducir con cierto fundamento la inminencia de una agresión, constitutiva de algún delito de homicidio, lesiones, robo intimidatorio, violación, etc...

De la realidad de estos datos fácticos plenamente comprobados, el T.S. deduce a veces la legítima defensa, aunque objetivamente no esté comprobada la existencia de una agresión real, o la inminencia o antijuricidad de la misma; pero para darle a esta defensa el carácter y significación de la auténtica legítima defensa, exige que “la errónea creencia sea plenamente racional y fundada” (así, por ej. S.T.S. 26 mayo 1987, R. 3131, ponente; Moner Muñoz).

6. Nada hay que objetar en este punto al criterio jurisprudencial, siempre que el carácter de “racional y fundada” de la creencia se estime como un módulo objetivo con el que comparar el comportamiento defensivo efectivamente realizado, y no como una creencia subjetiva en la que el sujeto invente la propia realidad que nada tiene que ver con lo efectivamente acaecido.

Una congruencia plena entre la realidad objetiva y la percepción subjetiva de la misma, es prácticamente imposible.

Siempre hay extremos que se perciben mal o incompletamente, datos de la realidad que el individuo malinterpreta. "De noche, como dice el refrán castellano, todos los gatos son pardos". Incluso el propio Sancho Panza, bastante lejos de las visiones de su señor D. Quijote, interpreta los ruidos que hacen en la noche silenciosa los batanes agitados por el viento, como voces de gigantes y terribles monstruos". Sería absurdo exigir que el acuciado por la necesidad y ante la inminencia de lo que *objetivamente* puede considerarse una agresión, compruebe pausada y tranquilamente todos los datos objetivos que avalan esta creencia antes de proceder a defenderse. Y ello no sólo porque no se puede exigir a todo el mundo la presencia de ánimo y la serenidad necesarias para proceder a esa comprobación sino también porque si se pierde mucho tiempo en la misma la reacción defensiva puede llegar demasiado tarde y carecer ya de eficacia.

Por todo ello, la jurisprudencia nunca ha exigido que la agresión llegue a materializarse en hechos lesivos de la integridad física o la propiedad, exigiendo sólo la *inminencia* de un tal ataque, la seriedad de la amenaza del mismo y, en todo caso, como estos datos tienen que ser interpretados por el sujeto, la creencia racional y fundada en la existencia de los mismos.

Una vez más, como en tantos otros casos en los que se trata de establecer un módulo objetivo con el que comparar la conducta concretamente realizada por una persona, se recurre al criterio objetivable de lo racional o, como se dice con más propiedad, en la terminología anglosajona, de lo *razonable*, es decir, de lo que hubiera hecho en las mismas circunstancias una persona normal (15). El procedimiento es bastante frecuente para resolver otros problemas jurídicos, como el de la *previ-*

---

(15) Sobre la lógica de lo "razonable" como forma de argumentación jurídica, véase ATIENZA, *Para una razonable definición de "razonable"*, en DOXA (4), 1987, p. 189 ss; y específicamente en relación con la legítima defensa, FLETCHER, en ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg i. Br., 1987, p. 67 ss.

sibilidad en la determinación de la casualidad adecuada de una conducta en relación con un resultado concreto, o el de la *diligencia debida* en la determinación de la imprudencia (16).

Contra el mismo nada hay que objetar, siempre que se sea consciente de que se trata de un criterio objetivo que, aún

---

(16) Ya decía LENCKNER, *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßes Prüfung*, en Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, p. 174 ss., que en algunas causas de justificación las circunstancias justificantes externas pueden ser reemplazadas por el elemento del "examen conforme a deber", con la consecuencia de que el hecho sea conforme a derecho, exclusivamente porque el autor ha obrado con el cuidado a que estaba obligado.

En la doctrina española GOMEZ BENITEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid 1980, p. 197 ss., mantiene también que puede excluirse el injusto en situaciones de justificación putativa, siempre que la actuación sea con una consideración "ex ante" objetivamente necesaria, es decir, una vez que, por ej., el funcionario haya comprobado con el "cuidado exigido" si se dan los presupuestos fácticos de la causa de justificación. En caso de "error inevitable" se daría, por tanto, plenamente la causa de justificación. De la misma opinión es MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 453, para quien, en todo caso, el error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye la antijuricidad. La diferencia entre ambas posiciones radica, sin embargo, en que para GOMEZ BENITEZ el error evitable no excluye el dolo y, por lo tanto, todo lo más habrá que atenuar la culpabilidad (teoría estricta de la culpabilidad); mientras que para MIR PUIG el error evitable en este caso se transforma, si procede, en un tipo de delito imprudente. Personalmente no comparto esta opinión, pero, en todo caso, estoy de acuerdo con MIR PUIG en que el que "actúa correctamente según los datos existentes en el momento de su acción, no puede obrar antijurídicamente". Desde luego, sería absurdo afirmar la antijuricidad, aunque luego se excluya la culpabilidad, de quien actúa como lo hubiera hecho cualquier persona normal (incluido el juez) en las mismas circunstancias; es decir, de quien actúa "razonablemente". La reacción del tercero que padece y reacciona ante el error inevitable, debe valorarse como estado de necesidad; en caso de error evitable podrá, sin embargo, admitirse por parte del tercero la legítima defensa. Se salva así uno de los más claros errores de la doctrina angioamericana que en los casos de "autodefensa putativa" admite "legítima defensa frente a legítima defensa" (véase FLETCHER, ob. cit., p. 109). También se puede resolver el problema del partícipe doloso que conoce la real situación y, sin embargo, induce o ayuda al que actúa en error inevitable, castigándolo como "autor mediato" que se sirve de un instrumento que actúa justificadamente (véase nota 23). En la doctrina alemana propone un planteamiento similar ARNIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en Festschrift für Hans Welzel, 1974, p. 401 (ver nota 19).

teniendo en cuenta las circunstancias del autor, en ningún caso pretende sustituir la realidad por la creencia subjetiva de una persona. Esta forma de objetivación de la percepción subjetiva es, pues, perfectamente lícita y permanece dentro del ámbito de la objetividad que exigen los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Pero en la medida en que deja un cierto grado de discrecionalidad a la percepción subjetiva, introduce un factor de arbitrariedad difícilmente controlable por el juzgador. Actuar racionalmente no es lo mismo que actuar correctamente desde el punto de vista jurídico. Los juristas americanos, fuertemente influenciados por la idea de lo razonable que introdujeron Coke y Blackstone en el pensamiento jurídico anglosajón, consideran que puede haber más de una respuesta razonable a un problema jurídico. ¿Serían todas ellas jurídicamente correctas o conformes a derecho? Para los americanos, como dice Fletcher, la voz de la Razón se ha convertido en el espíritu de la tolerancia: "Los otros pueden estar equivocados, pero su razón puede estar todavía dentro del margen de las alternativas razonables" (17).

El Código penal del Estado de New York exige, por ej., que el defensor "crea razonablemente" que está a punto de ser víctima de un homicidio o un robo, para admitir la legítima defensa (18). Una postura que se acerca mucho a la exigencia de nuestra jurisprudencia, de que la "creencia" en la inminencia de una agresión sea "racional y fundada".

7. Pero ¿a qué razón hay que acudir para establecer el módulo de lo racional o razonable? Un criterio subjetivo nos daría que cualquier creencia del sujeto que se defiende, siempre que sea sincera, debe ser considerada razonable. Este criterio subjetiviza hasta tal punto el concepto de lo justo e injusto, que lo hace depender de lo que cada sujeto considere como tal. un grado tan alto de subjetivización perforaría la vigencia

---

(17) FLETCHER, *A crime of self defense*, New York, 1938, p. 40.

(18) Código penal del Estado de New York, art. 35.15 (2) (c), citado *apud* FLETCHER, *ob. cit.* en nota 17, p. 35.



objetiva de las normas jurídicas y las convertiría en letra muerta, llevaría además a resultados intolerables, y daría licencia para matar a todo el que más o menos fundadamente, pero de modo honesto, creyera que iba a ser objeto de una agresión inminente.

Parece, por ello, preferible un criterio standard objetivo de lo razonable, conforme al cual sólo la conducta hipotética que una persona razonable, normal, hubiera observado, en aquellas circunstancias, puede ser conforme a derecho (19). Este criterio objetivo no puede, sin embargo, serlo tanto, hasta el punto de deshechar todas las representaciones y creencias subjetivas que pudo tener el sujeto en el momento en que creyó defenderse, ya que ello supondría tanto como sustituir al "sujeto de carne y hueso" que creía defenderse por una especie de "defensor standard hipotético" de cartón-piedra, que nunca ha existido. Se hace difícil no tener en cuenta en esta determinación objetiva de lo razonable, el conocimiento que tenía la persona que quería defenderse de la propensión vio-

---

(19) Para Armin KAUFMANN, ob. cit. (nota 16), siguiendo a WELZEL "la situación objetiva de justificación debe enjuiciarse *ex ante*"; pero deja abierta la cuestión de cual es el criterio que debe utilizarse para hacer esta valoración. Por las razones ya expuestas en nota 16 creo que se criterio no puede ser otro que, como en la determinación de la imprudencia, el "deber objetivo de cuidado" o la "diligencia debida", lo que no significa necesariamente que la infracción del deber objetivo de cuidado en la apreciación de una situación objetiva de justificación convierta al hecho en un delito imprudente. Como dice GOMEZ BENITEZ, ob. cit., (nota 16), p. 236, el "examen conforme a deber" de la situación objetiva justificante que él analiza desde el prisma del ejercicio legítimo del cargo, pero que igualmente es exigible en toda causa de justificación, no es más que "expresión de la exigencia del deber objetivo de cuidado". Este "deber objetivo de cuidado" es a su vez expresión de un principio general regulador derivado y exigido por la razón y que, por tanto, puede ser calificado como un principio de lo "razonable", en el sentido que lo emplea la doctrina anglosajona (véase FLETCHER ob. cit. (nota 16), y ATIENZA ob. cit., (nota 16). No tiene, por tanto, que ser únicamente utilizado en relación con los elementos del tipo, sino que igualmente puede ser utilizado para valorar el grado de evitabilidad de la percepción subjetiva errónea del presupuesto objetivo de una causa de justificación.

lenta y pendenciera de su presunto agresor, o de los actos violentos realizados anteriormente por éste, tal como ya hizo la Corte de Apelaciones del Estado de New York en el caso Miller (20).

Un criterio parecido siguió el Fiscal del caso Goetz (caso 2.º citado al principio) en el proceso que se siguió contra este famoso "justiciero o vengador" del metro de New York. Para el Fiscal había que distinguir dos fases: una, en la que el sujeto crea sinceramente en el momento del hecho en la necesidad de emplear violencia para repeler un ataque; otra, en la que debe comprobarse si esa creencia corresponde a lo que una persona razonable hubiera creído situado en las circunstancias del autor (21).

Este criterio es admisible, igual que el jurisprudencial español, siempre que las creencias subjetivas sean tenidas en cuenta para establecer el criterio de lo objetivamente razonable, y no para sustituirlo. "La cuestión relativa a si ha de verse en la racionalidad... una alusión a la razón del sujeto que se defiende o, por el contrario, a la del juez que examina luego objetivamente la situación, señala Rodríguez Morullo (22), se resuelve explícitamente en la jurisprudencia más reciente en este último sentido". Y cita en apoyo de esta tesis la S.T.S. de 14 de febre-

---

(20) Cfr. FLETCHER, ob. cit. (nota 17), p. 49. En la doctrina española se muestra partidario de incluir en la valoración objetiva de la conducta, con una consideración *ex ante* los conocimientos y facultades individuales del sujeto, MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo del injusto*, en Anuario de Derecho penal, 1988, p. 674 ss.; si bien este autor se muestra partidario de incluir también el conocimiento de la situación objetiva de justificación en el dolo, con lo que en el caso de error vencible transforma el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación en un delito imprudente (véase también del mismo autor, *Derecho penal*, cit. (nota 16), p. 453), lo que, por las razones dichas en nota 18 no compartimos; en este sentido, cfr. también en Alemana PAEFGEN, *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 420 y y mi recesión a esta obra en ADP, 1991.

(21) Cfr. FLETCHER, ob. cit. (nota 17), p. 42.

(22) *Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del T.S.*, Madrid, 1976, p. 68.

ro de 1966 (ponente: Calvillo), en la que, en relación con la racionalidad de la proporción entre la acción agresiva y la reacción defensiva, se indica que “ésta ha de ser medida, *no con arreglo al criterio subjetivo del que se defiende, ...sino conforme al criterio valorativo que la recta razón dicta a un observador imparcial, en definitiva, el juzgador*”.

Entendida así la “creencia racional y fundada” en la existencia de una agresión ilegítima, no veo inconveniente en admitir la defensa putativa como 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. Carece, pues, de sentido hablar en este caso de defensa putativa, debiéndose hacer hincapié en la existencia de una auténtica causa de justificación con todos los efectos que ello conlleva. Desde este punto de vista, pueden constituir agresión ilegítima, una simple broma, o un ataque con un arma de juguete, siempre que sean capaz de engendrar en el que se defiende una creencia racional y fundada y, por tanto, objetivable, de que va a ser inminentemente atacado.

8. Pero una vez pasado este estadio de lo objetivable, no podemos quedarnos ya en el plano de las causas de justificación. La creencia subjetiva del agente en que va a ser atacado, cuando no puede tener la consideración de “racional y fundada”, no puede excluir ya, por muy explicable que sea, el juicio objetivo de valoración que constituye la antijuricidad. El sujeto que por su carácter tímido o paranoide interpreta ya una amenaza verbal, un insulto o un contacto corporal como una agresión inminente a su integridad física, puede actuar desde el punto de vista de su subjetividad en legítima defensa al reaccionar violentamente, pero objetivamente es difícil considerarlo así. Entramos aquí ya de lleno en lo que sí se puede llamar *defensa putativa*, en la que la realidad de la agresión sólo existe en la mente del que cree defenderse, pero no puede considerarse así desde el punto de vista de un observador imparcial puesto en lugar del que actúa. Estamos aquí,

pues, en un caso de auténtico error, es decir, de discrepancia entre realidad y percepción subjetiva, sin posibilidad de resolverla con una valoración objetiva de la misma.

Este tipo de error puede ser todo lo disculpable que se quiera, incluso invencible, desde el punto de vista del autor, pero no puede excluir el juicio objetivo de la antijuricidad.

La equiparación en este caso de la defensa putativa con la real conduciría a una subjetivación de la antijuricidad incompatible con el carácter objetivo de la misma (juicio de valor objetivo sobre la conformidad o contradicción entre una conducta y el Ordenamiento jurídico) y podría producir una peligrosa confusión entre antijuricidad y culpabilidad, cuya separación constituye hoy en día la base de la moderna teoría general del delito (23).

Una subjetivación de la antijuricidad de esta clase llevaría además a una consecuencia difícilmente asimilable por nuestra sensibilidad jurídica: negar la posibilidad de legítima defensa (ésta *si real*) a las víctimas de las acciones realizadas en situación de justificación putativas; o, lo que quizás sería todavía más absurdo: admitir la posibilidad de legítima defensa frente a la legítima defensa, una flagrante contradicción con la propia regulación de la eximente 4.<sup>a</sup> del art. 8, que exige que, por lo menos, una de las acciones puede ser calificada de agresión ilegítima (24).

Hay que admitir que existe una grave dificultad en establecer la diferenciación entre una "creencia racional y fun-

---

(23) No sólo ya por razones sistemáticas, sino por las importantes consecuencias prácticas a que conduce (cfr. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.<sup>a</sup> edición, Valencia 1989, p. 18 s.; ROXIN, *Política criminal*, cit. (nota 1), p. 40 s.

(24) Por las razones ya dichas (cfr. nota 16), en los casos de creencia racional y objetivamente fundada en la existencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, el tercero podría actuar igualmente de forma justificada, pero en estado de necesidad; pues, como señala LUZON PEÑA (*El error sobre causas de justificación*, en la *Ley*, 1989, 3), en este caso sigue

dada" y una "creencia puramente personal", pero esta diferenciación puede y debe hacerse, como en todos los demás problemas que se plantean a la hora de distinguir entre la justificación y exculpación. En la primera, comparamos la acción realizada y los standards objetivos de conducta, y no hay ninguna razón para no valorar como antijurídica la conducta que esté por debajo del standard de una persona razonable. En la segunda, indagamos más profundamente la subjetividad del individuo cuyo comportamiento ha quedado por debajo del standard objetivo, y vemos si, a pesar de este fallo, sus circunstancias personales, su carácter, sus facultades psíquicas, permiten dejarlo exento de responsabilidad criminal o, por lo menos, atenuarla.

En el primer caso, estamos, incluso cuando la agresión es inexistente pero racional, razonable y objetivamente puede presumirse su existencia, ante un riesgo jurídicamente permitido y, por tanto, en una conducta conforme a derecho que no engendra responsabilidad penal ni civil por el que se defiende o para terceros que le ayuden a hacerlo.

En el segundo caso, nos encontramos ante un riesgo jurídicamente desaprobado en el que, aunque por sus especiales circunstancias personales, el que actúa erróneamente puede ser, total o parcialmente, exculpado, el hecho sigue siendo

---

subsistiendo el desvalor del resultado, ya que la reacción del que putativamente se defiende constituye objetivamente un "mal" para el tercero. Por eso, indica LUZON PEÑA, cabe también autoría mediata de quien dolosamente provoca un error objetivamente invencible sobre la concurrencia de una causa de justificación, pues a través del error del instrumento el autor mediato causa un desvalor del resultado y en él sí se da el desvalor de la acción (sobre la distinción entre causas de justificación que excluyen el desvalor de la acción y causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado véase también LUZON PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Madrid 1978, p. 121 y 125 ss). Téngase en cuenta que LUZON PEÑA (*Aspectos esenciales cit.*, p. 251 ss.) comparte la teoría de los elementos negativos del tipo con lo que, en lo que se refiere a la conversión del error vencible sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación en delito imprudente, se hace acreedor de las críticas ya realizadas en notas 16 y 19 y en el texto a esta teoría.

antijurídico engendra responsabilidad civil y admite la participación punible de terceros.

Son, pues, razones tan importantes las que obligan a esta diferenciación que no se comprende muy bien como la jurisprudencia ha tardado tanto en verla, y que durante mucho tiempo haya considerado la legítima defensa en caso de creencia racional en la agresión ilegítima, como un caso de "legítima defensa putativa". La más reciente jurisprudencia se inclina, en cambio, con mejor criterio, por tratar separadamente lo que sería el ámbito propio de una causa de justificación, y lo que todo más debe tratarse como una causa de exculpación conforme a lo que dispone el pfo. 3.º del art. 6 bis a, (cfr. por ej. S.T.S. 26 de mayo de 1987, R. 3131, ponente: Moner Muñoz; S.T.S. 5 de julio de 1988, R. 5491, ponente: Soto Nieto). No cabe duda que a este nuevo criterio jurisprudencial ha condeuido la reforma de 1983 y la introducción en el Código penal del art. 6 bis a. Por eso, también reconoce ahora la jurisprudencia que en caso de error vencible debe ser aplicable la atenuación prevista en el art. 66 y no la responsabilidad por imprudencia que antes se venía exigiendo (25).

Ojalá que este acercamiento entre teoría, praxis jurisprudencial y legislación, de tan buenos frutos en otros ámbitos igualmente importantes de nuestra vida social.

La legítima defensa es sin duda uno de estos ámbitos importantes para la configuración de una mentalidad ciudadana civilizada y respetuosa con el derecho.

En estos tiempos que corren de inseguridad ciudadana creciente, pero también, a veces, de un alarmismo social injustificado de "justicieros vengadores" de pacotilla, de grupos de

---

(25) Cfr. STS 10 mayo 1989 (Ponente: Díaz Palos) y el comentario a la misma de LUZON PEÑA, en la Ley (nota 23). Un breve resumen de la posición jurisprudencial tras la reforma de 1983 puede verse en la Monografía de Jurisprudencia que sobre "El error en Derecho penal" ha sacado la Ley, 6 febrero 1991.

acción ciudadana y de autodefensa de "ángeles de barrio" y de ciudadanos dispuestos a convertirse en el "Sheriff del condado" que luego se casa con la guapa e indefensa chica asaltada por un grupo de bandidos, es importante que se tracen con precisión los límites entre lo jurídico y lo antijurídico, entre lo lícito y lo ilícito (26).

Ciertamente, hay circunstancias particulares en las que el recurso al empleo de violencia para repeler una agresión está más que justificado. Y ciertamente no son lo mismo las calles de Medellín o del Bronx que las de una apacible ciudad provinciana suiza; pero los viejos modos del "salvaje Oeste" del tomarse la justicia por su mano, de la ley de Lynch y del "ojo por ojo, diente por diente", deben ser superados, so pena de entrar si no en una espiral de violencia que convierte las calles de nuestras ciudades en verdaderas junglas de asfalto y acero, en las que la "dialéctica de los puños y las pistolas" tengan siempre la última palabra.

---

(26) Debe tenerse en cuenta, además que la licitud de la legítima defensa no se deriva sólo del principio de prevalencia del derecho frente a la agresión injusta, sino también del de necesidad y proporcionalidad: de ahí que aún tratándose de ataques antijurídicos hay que exigir restricciones ético-sociales al derecho de defensa cuando la agresión provenga de niños o enfermos mentales, o el ataque carezca de entidad suficiente, como exige ROXIN, *ob. cit.* (nota 3). De la misma opinión en la doctrina española GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del Delito*, *cit.* (nota 9); y MIR PUIG, *Derecho penal*, *cit.* (nota 10), p. 459 s.; en la doctrina portuguesa SANTANA VALDAGUA, *Aspectos de legítima defensa no Código penal e no Código civil*, en *Revista de Faculdade de Direito*, Lisboa 1990, p. 28 s.