



**Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía**

Dictamen penal acerca de la posible concurrencia de causas de justificación en un caso de homicidio

Trabajo fin de máster presentado por:

Ignacio Pérez Zamorano

Titulación:

Master Universitario en el Ejercicio Profesional

de la Abogacía

Área jurídica:

Derecho penal

Director/a:

Profesor Doctor Tomás Javier Aliste Santos

Valencia

13 de abril de 2016

Ignacio Pérez Zamorano

ÍNDICE

I. OBJETO DEL DICTAMEN.....	3
II. ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
III. CUESTIONES PLANTEADAS	4
IV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICADA O CONSULTADA	4
1. Legislación.....	4
2. Jurisprudencia	6
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	11
1. ¿Cuáles son los posibles delitos a los que se enfrenta Michele Bosch?	11
2. ¿Existen causas de justificación que permitan eximir al señor Bosch de responsabilidad criminal respecto a la muerte del individuo abatido?	13
3. ¿Puede hablarse de «legítima defensa» o bien de «estado de necesidad»?.	16
4. ¿Concurren en el caso, todos y cada uno de los presupuestos necesarios de la legítima defensa?.....	19
5. ¿En el caso eventual de existir alguna causa de justificación penal de la conducta del señor Bosch operará como eximente o como atenuante respecto a los delitos de los que es acusado?	22
6. ¿El señor Bosch incurre en alguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal?	23
7. Redacte un listado de los principales argumentos que fundamenten los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y los acusadores particulares y proceda a su refutación en calidad de abogado de la defensa.....	28
8. ¿En el caso de apreciarse causa de justificación distinta al estado de necesidad es posible eximir de responsabilidad civil? ¿Qué vías civiles existen para compensar daños y perjuicios en este caso?	32
9. ¿Qué sucede si el juez dicta sentencia declarando las costas de oficio?	34
VI. CUESTIONES ADICIONALES.....	36
VII. CONCLUSIONES.....	38
VIII. LUGAR FECHA Y FIRMA.....	40
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	41

Dictamen que emite Ignacio Pérez Zamorano, alumno del Máster en el Ejercicio Profesional de la Abogacía de UNIR, como Trabajo de Fin de Máster.

I. OBJETO DEL DICTAMEN

El Objeto del presente dictamen es dar respuesta a las cuestiones planteadas acerca de la concurrencia, o no, de causas de justificación que eximan de responsabilidad civil y criminal al autor de la muerte de un individuo y de las lesiones causadas a otro en su huida.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

El 20 de octubre de 2014 Michele Bosch, importante empresario, se disponía a dormir en su casa familiar, situada en un lujoso barrio residencial de Barcelona y habitada por sus tres hijos, su mujer y un perro, cachorro de ocho meses, raza pastor alemán, que suele dormir en la parte baja de la casa junto al office que hace de antesala a la cocina.

Aproximadamente, tres horas y media después de cerrar todas las luces de la vivienda, sobre las 04:30 de la madrugada, el cánido comienza a ladrar, despertando al hijo pequeño, que ve por la ventana de su cuarto, en la segunda planta, como dos individuos se encuentran encaramados al muro perimetral de la propiedad, mientras escucha un golpe seco en el primer piso de la vivienda al tiempo que el perro deja de ladrar.

El padre alertado por los ruidos se ha despertado también. Aficionado como es a la caza mayor, cuenta con varias armas de fuego en la vivienda, y tiene un rifle en la propia habitación matrimonial desde hace meses, porque en la zona se han producido varios robos violentos. Rápidamente, carga el rifle con varios cartuchos y sale de la habitación en dirección a la escalera que desciende al primer piso. Desde la parte superior puede ver tendido en el suelo al perro familiar, completamente inerte. Procede a bajar la escalera, y se encuentra frente a frente, como a unos cuatro metros de distancia, una figura corpulenta, aparentemente vestida de negro y con la cabeza cubierta con una especie de pasamontañas. Sin dudarlo, descarga dos tiros de fusilería en dirección a la figura. Abre las luces de la sala. En el suelo yace abatido un hombre corpulento, de unos cuarenta años de edad con un bate de beisbol en la mano. El perro familiar también ha muerto con signos de fuerte contusión en el cráneo.

Los otros dos extraños individuos, apostados en el muro, y muy alarmados por los disparos, se dirigen al vehículo apostado frente al portón que se abre en el muro perimetral. El propietario, vuelve a cargar el rifle y procede a abrir la puerta del porche de acceso a la vivienda situado a una altura desde la que puede observar perfectamente lo que sucede al otro lado del muro. De nuevo descarga un tiro de fusilería contra el coche que acaba de arrancar, logrando hacer pedazos el cristal de una de las puertas, impactando la bala entre el omoplato y la clavícula derecha del copiloto.

Los vecinos alertados por los disparos han llamado a la policía. El vehículo logra huir, pero no tarda en ser interceptado por un coche patrulla de la policía, que detiene al conductor y presta primeros auxilios al copiloto. En la vivienda yacen muertos el cachorro y el hombre con pasamontañas. El propietario de la vivienda también resulta detenido y puesto a disposición judicial como presunto autor de la muerte de un individuo y tentativa de homicidio de otro, que cura de graves lesiones

resultado del impacto. Pesan sobre él dichos cargos, en tanto que lejos de cuestionar la autoría de los hechos los admite y describe en su declaración a la policía tal cual han sucedido.

El propietario pone el asunto en manos de un abogado defensor que previamente analiza las posibilidades de defensa de su cliente y la eventual absolución del mismo, por aplicación de alguna causa de justificación que exima de responsabilidad criminal.

III. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. ¿Cuáles son los posibles delitos a los que se enfrenta Michele Bosch?
2. ¿Existen causas de justificación que permitan eximir al señor Bosch de responsabilidad criminal respecto a la muerte del individuo abatido?
3. ¿Puede hablarse de «legítima defensa» o bien de «estado de necesidad»?
4. ¿Concurren en el caso, todos y cada uno de los presupuestos necesarios de la legítima defensa?
5. ¿En el caso eventual de existir alguna causa de justificación penal de la conducta del señor Bosch operará como eximiente o como atenuante respecto a los delitos de los que es acusado?
6. ¿El señor Bosch incurre en alguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal?
7. ¿Cuál es el tribunal objetiva, funcional y territorialmente competente para conocer de los hechos?
8. Redacte un listado de los principales argumentos que fundamenten los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y los acusadores particulares y proceda a su refutación en calidad de abogado de la defensa.
9. ¿En el caso de apreciarse causa de justificación distinta al estado de necesidad es posible eximir de responsabilidad civil? ¿Qué vías civiles existen para compensar daños y perjuicios en este caso?
10. ¿Qué sucede si el juez dicta sentencia declarando las costas de oficio?

IV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICADA O CONSULTADA

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas debe acudirse a la siguiente normativa, jurisprudencia y doctrina de aplicación a las mismas:

1. Legislación
 - a. Constitución Española, 1978
 - El artículo 15, que recoge el derecho a la vida e integridad física.
 - El artículo 24, donde se incardinan los derechos fundamentales de naturaleza procesal, en especial, tutela, defensa y presunción de inocencia.
 - El artículo 25, que consagra los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.
 - El artículo 117.3 que establece el principio del monopolio jurisdiccional de

imposición de penas.

b. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

- El artículo 23.1, en lo que a extensión y límites de la jurisdicción española se refiere.
- Los artículos 57.1.1º, 82 y 87, que tratan sobre la competencia y atribuciones de determinados órganos jurisdiccionales.

c. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

- Los artículos 1 y 5, relativos a la determinación de la competencia del Tribunal de Jurado.

d. Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

- El artículo 14, en lo atinente al error.
- El artículo 8, sobre el concurso de leyes.
- Los artículos 15 y 16, relativos a la ejecución del delito en grado de tentativa.
- Los artículos 20.4, 20.5 y 20.6, en lo que se refiere a la legítima defensa, estado de necesidad y miedo insuperable.
- El artículo 22, relativo a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal.
- Los artículos 62, 73 y 76, que contienen reglas especiales para la aplicación de las penas
- El artículo 109, en cuanto a la posibilidad de exigir la responsabilidad civil derivada del delito ante la Jurisdicción Civil.
- El artículo 114, sobre el principio de culpa compartida.
- El artículo 116, relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*
- El artículo 118, con relación a la posibilidad de excluir, o no, la responsabilidad civil, cuando concurren determinadas causas de justificación.
- Los artículos 123 y 124, relativos a las costas procesales.
- Los artículos 138, 139, 142 y 147, por lo que respecta a los delitos de homicidio, asesinato, homicidio imprudente y lesiones.

e. Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882

- Los artículos 8 y 10, sobre competencia de Jueces y Tribunales de lo Penal.
- El artículo 14, que se refiere a la competencia objetiva, funcional y territorial de los Juzgados y Tribunales.
- Los artículos 100, 109, 110, 111 y 116, relativos a la pretensión civil de resarcimiento.
- Los artículos, 216, 217, 218, 219 y 220, con relación a los recursos contra las resoluciones de Jueces y Tribunales.
- Los artículos 239 a 246, en lo atinente a las costas procesales en el procedimiento penal.
- Los artículos 847 a) y 873, en relación con la competencia del Tribunal Supremo, para conocer del recurso de casación contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, en única instancia.

- Los artículos 985 y 986, que se establecen la competencia funcional en materia de ejecución de sentencias.
- f. Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
 - El artículo 1089, en cuanto al nacimiento de las obligaciones.
 - El artículo 1092, relativo a la responsabilidad civil *ex delicto*.
 - El artículo 1093, en referencia al régimen sustantivo aplicable a las obligaciones de actos u omisiones no penados por la ley.
 - El artículo 1902, sobre la responsabilidad civil extracontractual.
 - El artículo 1964, concerniente al plazo de prescripción de las acciones que no tengan señalado un plazo específico.
- g. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
 - El artículo 249.2, en cuanto al procedimiento por el que se deberán sustanciar las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios.
 - Los artículos 394 a 398, en materia de costas procesales.

2. Jurisprudencia

a. Homicidio y lesiones

- El *animus necandi*, que constituye el elemento subjetivo del delito de homicidio, e imprescindible para distinguir el supuesto delito de lesiones cuando la víctima no ha fallecido a consecuencia de las heridas sufridas, deberá constatarse por medio de la modalidad probatoria e indicios, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho (STS 2ª, 82/2009, de 2 de febrero).

b. Legítima defensa

- Doble fundamento de la legítima defensa: el individual, representado por la necesidad de defensa de los bienes ilegítimamente atacados y el supraindividual de prevalencia del Derecho, o la necesidad de que éste prevalezca frente al agresor injusto (STS de 10 de diciembre de 1979, RJ 1979/4623).
- Autonomía absoluta, respecto del estado de necesidad, por cuanto, de un lado, en la legítima defensa se defienden bienes jurídicos frente a una agresión ilegítima, y de otro, tal defensa conlleva también la del ordenamiento jurídico a cuya reafirmación contribuye (STS 13 de abril de 1987, RJ 1987/2563).
- Requisitos de la legítima defensa (STS 544/2007, de 21 de junio).
- La agresión ilegítima y la *necesitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente (STS 2ª, 1760/2000, de 16 de noviembre).
- La existencia de *animus defendendi*, no es incompatible con el propósito de matar -*animus necandi*- al injusto agresor (SSTS 2ª, 962/2005, de 22 de julio y 153/2013, de 6 de marzo).
- La ausencia de *necesitas defensionis* da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como eximente

incompleta (SSTS 2^a, 74/2001, de 22 de enero; 794/2003, de 22 de junio y 153/2013, de 6 de marzo).

- Es necesario que entre la agresión y la defensa haya unidad de acto, pues si el ataque ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en un acto de venganza o represalia que no admite justificación (SSTS 2^a, 1252/2001, de 26 de junio y 1210/2003, de 18 de septiembre), convirtiéndose en un exceso intensivo o propio (STS 2^a, 794/2003, de 22 de junio).
- El único requisito graduable de la legítima defensa, y que puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de la eximente incompleta, es la necesidad racional del medio empleado en la defensa (STS, 2^a 1515/2004, de 23 de diciembre).
- El exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición (STS 2^a, 153/2013, de 6 de marzo); también puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable (STS 2^a, 332/2000, de 24 de febrero).
- La legítima defensa y el obrar en cumplimiento del deber operan en modo excluyente y no pueden aplicarse conjuntamente, pues una y otra se fundan en la misma dinámica delictiva. (STS 744/1982, de 13 de mayo).
- Concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente, de legítima defensa, del delito de homicidio. (STS, STS 2952/1992, de 3 de abril de 1992).

Requisitos:

i. Agresión ilegitima

- Se exige un peligro real y objetivo con potencia para causar daño (STS 2^a, 2135/1993, de 6 de septiembre, que ponga en peligro bienes jurídicamente protegidos (STS 2^a, 592/2000, de 10 de abril).
- La eximente se asienta sobre pilares básicos, la agresión ilegitima y la necesidad de defensa, por parte de quien sufre la agresión (STS 2^a, 1760/2000, de 16 de noviembre).
- La venganza por una agresión previa que ya ha cesado excluye la aplicación de la legítima defensa (STS 140/2010, de 23 de febrero).
- La agresión ha de ser objetiva y real, antijurídica y actual (STS 2^a, 1314/2006, de 18 de diciembre de 2006).

ii. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla

- No puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad, como adecuación entre la lesión que puede ser causada con el empleo del objeto o arma utilizada y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada (STS 2^a, 86/2015, de 25 de febrero).
- No puede exigirse, al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa en el momento de la agresión (STS 2^a, 1630/1994, de 24 de septiembre).
- Se exige que entre la agresión y la defensa haya “unidad de acto” (STS 1252/2001, de 26 de junio).
- No es exigible al sujeto agredido la fuga (STS 1766/1999, de 9 de noviembre).

- Solo ante la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias para el agresor, resulten manifiestamente desproporcionadas, cabrá pensar en la limitación del derecho de defensa (STS 614/2004, de 12 de mayo).
- Degradación de la legítima defensa, hasta la eximente incompleta (Sentencia 932/2007, de 21 de noviembre).

iii. Falta de provocación suficiente

- Se considera suficiente, la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a reaccionar agresivamente (STS 2^a, 2442/2001, de 18 de diciembre).

c. Estado de necesidad

- Los requisitos esenciales o fundamentales de la eximente (STS 2^a, 156/2003, de 10 de febrero).

i. La amenaza de un mal propio o ajeno, que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente.

- La inminencia e inevitabilidad del conflicto son requisitos primarios e inexcusables para que pueda entrar en juego la eximente completa (STS 2^a, 435/1992, de 2 de marzo).
- No es preciso que el peligro haya comenzado a producirse, basta con que el sujeto pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que quiera realizar una acción determinada para atajarla (STS 769/2013, de 18 de octubre).

ii. La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno.

- Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro, con el fin de soslayar una situación de peligro (SSTS 2^a, 769/2013, de 18 de octubre y 933/2007, de 8 de noviembre).

iii. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

- Los conceptos fundamentales que informan esta circunstancia son la proporcionalidad y la necesidad (SSTS 2^a, 1629/2002, de 23 de julio y 186/2005, de 10 de febrero).
- Si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad, que la gravedad del delito cometido para evitarlo y no hay otro remedio aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecian poderosas necesidades, la eximente debe aplicarse con carácter de incompleta; pero si la comparación revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades (STS 2^a, 924/2003, de 23 de junio).
- El sacrificio alcanza a un número reducido de personas a las que por ley, profesión o contrato se les impone ese deber (STS 2^a, 729/1996, de 14 de

octubre).

- iv. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el sujeto (STS 500/1999, de 3 de abril).
 - v. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar (STS 729/1996, de 14 de octubre).
 - Con carácter general, la ausencia de los siguientes requisitos legales -que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse- permite la aplicación de la eximente incompleta (STS 2^a, 156/2003, de 10 de febrero).
- d. Miedo insuperable
- La situación a la que se encuentra sometido el sujeto, debe ser una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media (STS 2^a 2067/2002, de 13 de diciembre).
 - Requisitos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para la aplicación de la eximente (STS 519/2014, de 26 de junio).
 - Ante la concurrencia de otros móviles, distintos al miedo insuperable, solo cabrá la exención incompleta (STS 659/2012, de 26 de julio).
- e. La alevosía
- Elementos y clases (SSTS 2^a, 446/2013, de 17 de mayo; 310/2013, de 8 de abril; 25/2009, de 22 de enero; 999/2007, de 26 de noviembre, 105/2007, de 14 de febrero y 311/2014, de 16 de abril).
 - Alevosía, modalidad sorpresiva (STS 2^a 379/2009, de 13 de abril).
 - Compatibilidad de la alevosía con la legítima defensa (STS 2^a Roj: STS 7095/1986, de 16 de febrero).
 - La circunstancia agravante de alevosía, ha sido de siempre uno de los conceptos jurídicos más difíciles de definir y completar a lo que han contribuido distintas circunstancias todas ellas con el denominador común de la imprecisión con que ha venido configurada respecto del origen, ámbito y efectos (STS 2^a Roj: STS 193/1985, de 25 de abril).
- f. El abuso de superioridad
- Características (STS 839/2007, de 15 de octubre).
 - Elementos esenciales (STS 86/2009, de 6 de febrero).
- g. Competencia objetiva del Tribunal del Jurado
- El homicidio consumado no atrae la competencia del Tribunal del Jurado, del que no ha alcanzado ese grado de ejecución (STS 2^a 247/2009, de 12 de marzo).

h. La responsabilidad civil *ex delicto*

- La estimación de una causa extintiva de responsabilidad criminal impide resolver la reclamación en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los tribunales ordinarios (STC Pleno 157/1990, de 18 de octubre de 1990).
- Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil, hasta que recaiga sentencia firme, obligando el artículo 114 de la LECrim, a extender la apertura de la vía civil a los supuestos de sobreseimiento libre e incluso a los de sobreseimiento provisional o al archivo de diligencias, pero en tal caso la acción civil que se ejercite ha de ser la del artículo 1902 del CC (STS 1^a 716/1996, de 20 de septiembre de 1996).
- Frente a un supuesto de indulto, el TS aplica en plazo prescriptivo de 15 años, de lo que se deduce que considera aplicable la normativa específica de la acción civil *ex delicto* (STS 1^a 665/2000, de 4 de julio de 2000).
- Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesaria la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios (STS 2^a 298/2003, de 14 de marzo).
- La exención de responsabilidad criminal no vincula a los Tribunales del orden civil (STS 1^a 542/1996, de 28 de junio).
- Para aplicar la acción "*ex delicto*", se requiere la existencia de condena (34/2004, de 31 de enero).

i. Las costas procesales

- Doctrina constitucional acerca de las costas procesales: no puede calificarse, en sentido estricto, como una sanción, sino como un resarcimiento por los gastos originados por el proceso. El deber de motivar su decisión es una exigencia derivada de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución española (STC 107/2006, de 3 de abril de 2006).
- No es preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las conceda, en el supuesto del condenado, porque las impone la Ley (artículo 123 del Código Penal), ni tampoco las de la acusación particular en los delitos sólo perseguitables a instancia de parte, por igual razón (artículo 124 del Código Penal); sin embargo, sí que debe -imperativamente- mediar previa petición cuando se trata de incluir dentro de las costas del acusado las de la acusación particular en los demás delitos y también las que puedan imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado (SSTS 2^a 1784/2000, de 20 de enero; 1845/2000, de 5 de diciembre; 560/2002, de 28 de marzo y 774/2012 de 25 de octubre).
- No cabe imponer las costas a los acusados que resulten absueltos (STS 2^a; 963/1999, de 10 de junio; 1595/2000, de 16 de octubre y 421/2003, de 10 de abril).
- La imposición de costas a la acusación particular en casos de absolución de los acusados, con objeto de evitar querellas infundadas o la imputación injustificada de hechos delictivos, debe atenerse a los criterios de evidente temeridad y notoria mala fe, y se sugiere por parte del Tribunal Supremo la excepcionalidad en la aplicación de esta norma. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, correspondiendo su prueba a quien solicita la

imposición (SSTS 2ª 107/2006, de 3 de abril de 2006 y 903/2009, de 7 de julio).

- No puede haber condena en costas por temeridad o mala fe. Cuando la calificación instada por la parte, inicialmente no resulta descabellada ni temeraria (STS 2ª 384/2008, de 19 de junio).
- La condena en costas a la acusación requiere razonar, aunque sea de forma sucinta o incluso, en algunos casos en que aparezca con obviedad, implícita, por qué se considera que en la actuación de la acusación se detecta, bien mala fe, bien temeridad (STS 2ª 863/2014, de 11 de diciembre).

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ¿Cuáles son los posibles delitos a los que se enfrenta Michele Bosch?

Con relación a los delitos a los que se enfrenta Michele Bosch, debemos distinguir dos acciones perfectamente identificadas en el relato fáctico; la primera de ellas, se desarrolla en el interior de la morada del presunto autor y tiene como resultado la muerte de una persona, la segunda transcurre en el exterior de la mencionada vivienda y tiene como consecuencia el menoscabo de la integridad física de otra.

Sin entrar a valorar la concurrencia de circunstancias que puedan excluir o modificar la responsabilidad criminal del autor de los hechos, pues ello es objeto de desarrollo en los siguientes enunciados, esta es la calificación que a nuestro juicio merecen las acciones descritas.

La primera de ellas no presenta importantes dificultades para su calificación, nos encontramos frente a un delito de homicidio, previsto en el artículo 138.1 del Código Penal, cuya acción típica -en su modalidad básica- consiste en matar a otro.

Para acreditarlo haremos un breve análisis de la estructura del tipo.

El homicidio es un delito de resultado en el que el tipo no acota medios específicos de ejecución de la acción, por lo que, en principio, cabe dar entrada en el mismo a cualquier acto dirigido por la voluntad a la producción del resultado de muerte. Al tipo pertenece la producción efectiva de un resultado material que ha de consistir en la muerte del sujeto en quien concurren las características que definen el objeto material del delito, es decir, la muerte de un sujeto con vida independiente¹.

Entre la acción de matar y el resultado de muerte debe mediar una relación de causalidad. No reviste especial problema el establecimiento de dicha relación de causalidad en el caso que nos ocupa, pues nada se interpone entre la conducta del presunto homicida (*conditio sine qua non*) y el resultado de muerte y, además, el resultado no puede atribuirse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado².

El tipo subjetivo específico del delito de homicidio previsto en el artículo 138.1 del Código Penal es el doloso, lo que exige el conocimiento y voluntad de realizar las

¹ GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. 2007. *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch (página 44).

² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 186/2009, de 27 de febrero [consultada 8 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4470843&links=%22186%2F2009%22&optimize=20090318&publicInterface=true>

circunstancias del tipo objetivo, es decir saber que se mata a otra persona y querer hacerlo (*animus necandi*).

No obstante, basta con el dolo eventual³, o sea que el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en la acción que obra como causa del resultado producido, haya previsto la muerte de otra persona como una consecuencia muy probable de su acción y a pesar de ello haya actuado⁴.

Por último el Tribunal Supremo, de manera reiterada, ha considerado como medio revelador del *animus necandi*, el uso de armas de fuego, cito por todas la Sentencia de la Sala Segunda, 1/2005, de 11 de enero de 2005⁵.

Mayor dificultad presenta la segunda de las acciones, subsumible en dos figuras delictivas diferentes -o en ambas de apreciarse el concurso- existiendo una clara relación de progresión entre ellas; de una parte, dicha acción podrá ser calificada de homicidio doloso (artículo 138.1 del Código Penal) en grado de tentativa (artículo 62 del Código Penal), pero también como delito de lesiones consumado, más concretamente, del subtipo agravado definido el artículo 148.1º del Código Penal.

La delimitación entre lesiones consumadas y tentativa de homicidio, es clara desde el punto de vista teórico, pues la tentativa de homicidio supone siempre el dolo -aunque sea eventual- de matar lo que por definición falta en el delito de lesiones; sin embargo, en la práctica, no resulta sencillo distinguir entre un supuesto y otro.

El Tribunal Supremo viene afirmando que para la calificación de una agresión como delito de lesiones o de homicidio intentado ha de atenderse al ánimo del autor, lo que significa -fuera de los supuestos de confesión- que debe deducirse indiciariamente del conjunto de circunstancias concurrentes⁶; así mismo la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 1860/2002⁷, de 11 de noviembre, entre una abundante doctrina jurisprudencial, ha establecido los criterios de inferencia para valorar la concurrencia de *animus necandi*, atendiendo a los cuales podemos afirmar la concurrencia del ánimo homicida. Michele Bosch tras abatir de dos disparos al individuo que se hallaba en el interior de su vivienda, percatado de la presencia de otros dos individuos en el exterior de la vivienda, y plenamente consciente del resultado de su acción sobre el primero de los individuos, vuelve a cargar el arma y desde una posición que le otorga cierta ventaja, dispara contra uno de ellos cuando ambos trataban de huir,

³ MUÑOZ CONDE, F. 2015 *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª edición. Valencia: Tirant lo Blanc (página 31).

⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 210/2007, de 15 de marzo [consultada 8 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=537020&links=%22210%2F2007%22&optimize=20070329&publicInterface=true>

⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [versión electrónica – base de datos El Derecho]. Sentencia de 1/2005, de 11 de enero de 2005 [consultado 8 de febrero de 2016].

⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 82/2009, de 2 de febrero [consultada 12 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4434231&links=%2282%2F2009%22&optimize=20090226&publicInterface=true>

⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1860/2002, de 11 de noviembre [consultada el 12 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=2948946&links=%221860%2F2002%22&optimize=20031203&publicInterface=true>

en un claro intento de abatirlo como hiciera con el primer asaltante. El uso del arma empleada -apta para el fin homicida-, la gravedad de las lesiones y las circunstancias que rodean los hechos, son indicios suficientes para inferir que nos encontramos frente a un delito de homicidio, en grado de tentativa y no de lesiones.

Para Muñoz Conde, entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas existe un concurso de leyes que habrá de resolverse aplicando la pena más grave, a partir del criterio de alternatividad⁸ (artículo 8.4º del Código Penal).

Para terminar, entre ambas conductas (homicidio consumado y tentativa de homicidio) existe concurso real de delitos, que se resolverá desde el punto de vista penalógico, aplicando el artículo 73 del Código Penal⁹, con los límites establecidos en el artículo 76 del mismo cuerpo legal.

2. ¿Existen causas de justificación que permitan eximir al señor Bosch de responsabilidad criminal respecto a la muerte del individuo abatido?

Entre las causas de justificación reguladas en nuestro Código Penal, que eximen de responsabilidad criminal, encontramos -a priori- aplicables al presente supuesto, las siguientes.

La primera de ellas prevista por el Código Penal es la legítima defensa (artículo 20.4º); con su regulación el ordenamiento da cobertura a situaciones en las que para evitar la lesión de un bien jurídico amenazado por una agresión ilegítima, un sujeto lleva a cabo una conducta típica.

La legítima defensa se asienta sobre dos soportes fundamentales, de un lado, la existencia de una agresión ilegitima -que no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico, sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente- y de otro la necesidad de defensa por parte de quien sufre aquélla, de tal forma que no será posible apreciar la primera cuando no concurra la segunda¹⁰.

La defensa a su vez requiere, (i) ánimo de defensa -completado con la necesidad de defensa- cuya ausencia impide la aplicación de la eximente, completa o incompleta, al encontrarnos ante lo que da lugar al llamado “exceso extensivo” o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto previsible que aún no se ha producido, o bien se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión¹¹, consecuencia de ello la jurisprudencia viene exigiendo que entre la agresión y la defensa haya “unidad de acto”, pues si el ataque ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensiva para convertirse en un acto de venganza o represalia que no puede hallar justificación¹²; y (ii) necesidad racional del medio

⁸ MUÑOZ CONDE, F. 2015 *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª edición. Valencia: Tirant lo Blanc (página 39).

⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 9 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

¹⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 544/2007, de 21 de junio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=435202&links=%22544%2F2007%22&optimize=20070712&publicInterface=true>

¹¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 794/2003, de 3 de junio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=322155&links=%22794%2F2003%22&optimize=20030718&publicInterface=true>

¹² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1252/2001, de 26 de junio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

empleado, o sea que no puede recurrirse a otro medio no lesivo, sin que sea exigible al sujeto agredido, la fuga¹³. No debemos confundir necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad, como adecuación entre la lesión que puede ser causada con el empleo del arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada por su necesidad y no por la proporcionalidad citada¹⁴; como tampoco puede exigirse al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa, en ese momento concreto en el que ha de decidir los medios de defensa, que no tienen que ser los más inocuos para el agresor; en consecuencia, solo cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias para el agresor resulten manifiestamente desproporcionadas, cabrá pensar en la limitación del derecho de defensa¹⁵.

De los requisitos señalados, el único graduable, y que por tanto puede conducir a la degradación de la legítima defensa hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, la agresión no tiene grados, concurre o no concurre¹⁶. Si lo que falta es la proporcionalidad el exceso intensivo también puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, basada en la creencia de que se adoptan los medios necesarios y adecuados para salvar la propia vida¹⁷; también puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, inserta en la legítima defensa, si hubiera elementos para su estimación¹⁸.

Por las circunstancias que concurren en el presente caso, es importante señalar, como así lo ha hecho nuestra jurisprudencia, que la exigencia de un "*ánimus defendendi*" no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor ("*animus necandi*" o "*laedandi*")¹⁹.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3202850&links=%221252%2F2001%22&optimize=20030808&publicInterface=true>

¹³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1766/1999, de 9 de noviembre [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3184710&links=%221766%2F1999%22&optimize=20030823&publicInterface=true>

¹⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 86/2015, de 25 de febrero [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=7322731&links=%22286%2F2015%22&optimize=20150312&publicInterface=true>

¹⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 614/2004, de 12 de mayo [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=2287078&links=%222614%2F2004%22&optimize=20040603&publicInterface=true>

¹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 932/2007, de 21 de noviembre [consultada 17 de febrero de 2011]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=259080&links=%22932%2F2007%22&optimize=20071220&publicInterface=true>

¹⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia, 153/2013, de 6 de marzo [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6682462&links=%22153%2F2013%22&optimize=20130417&publicInterface=true>

¹⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia, 332/2000 de 24 de febrero [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3173097&links=%22332%2F2000%22&optimize=20030830&publicInterface=true>

¹⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia, 962/2005, de 22 de julio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=1144957&links=%22962%2F2005%22&optimize=20051103&publicInterface=true>

Inmediatamente después de la legítima defensa, el Código Penal, incluye el estado de necesidad (artículo 20.5), y lo define como aquella situación en la que el sujeto ha de infringir un deber o lesionar un bien jurídico con el objeto de salvaguardar otro; entre los requisitos para su aplicación destaca la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar²⁰; de no darse, es decir si los intereses en juego fueran iguales, concurriría como causa de exculpación.

Su aplicación como eximente completa o incompleta exige que se dé un estado o situación de necesidad, que aparece como un conflicto entre dos bienes o intereses, de manera que para salvaguardar uno de ellos resulte imprescindible lesionar el otro. Como ha establecido nuestro Tribunal Supremo²¹, los requisitos esenciales o fundamentales que deben concurrir para apreciarla son, (i) la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente²²; injusto e ilegítimo, (ii) la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de inflijir un mal al bien jurídico ajeno²³, (iii) que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar²⁴, (iv) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto²⁵, y (v) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse²⁶.

La ausencia de los tres últimos requisitos legales del artículo 20.5º, permite la aplicación de la eximente incompleta (STS 156/2003).

Por último, aunque la práctica califica el “miedo insuperable” (artículo 20.6 del Código Penal) como causa de inculpabilidad, de inexigibilidad e incluso están los que niegan la inexistencia de una acción, en razón a la paralización que sufre el sujeto que actúa bajo un estado de miedo, algunos autores, entre ellos CUERDA

²⁰ LACRUZ LÓPEZ, J.M. El Delito como conducta antijurídica. En: *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Dykinson, S.L. (páginas 427 a 456).

²¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 156/2003, de 10 de febrero [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3134616&links=%22156%2F2003%22&optimize=20030927&publicInterface=true>

²² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 769/2013, de 18 de octubre [consultada 15 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6870447&links=%22769%2F2013%22&optimize=20131105&publicInterface=true>

²³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 933/2007, de 8 de noviembre [consultada 15 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6870447&links=%22769%2F2013%22&optimize=20131105&publicInterface=true>

²⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 924/2003, de 23 de junio [consultada 15 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3136772&links=%22924%2F2003%22&optimize=20030923&publicInterface=true>

²⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 500/1999, de 3 de abril [consultada 15 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3098346&links=%22500%2F1999%22&optimize=20031011&publicInterface=true>

²⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 729/1996, de 14 de octubre [consultada 15 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3133872&links=%22729%2F1996%22&optimize=20030927&publicInterface=true>

RIEZU²⁷, estiman que la eximente de miedo insuperable es también una causa de justificación. Nuestro Tribunal Supremo considera que es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo²⁸.

El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de un mal tenido como insuperable; de esta exigencia resultan la características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, como baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

La doctrina de la Sala 2^a ha requerido los siguientes requisitos para que pueda apreciarse la eximente, (i) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de su voluntad, (ii) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, (iii) que dicho temor anuncie un mal de especial gravedad para el afectado, (iv) que el miedo sea insuperable, esto es, invencible en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas, y (v) que el miedo sea el único móvil de la acción²⁹; cuando concurren otros móviles solo cabrá la exención incompleta³⁰.

La jurisprudencia, tal y como hemos indicado anteriormente, ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte del que se defiende³¹.

3. ¿Puede hablarse de «legítima defensa» o bien de «estado de necesidad»?

Tras el repaso de aquellas cuestiones relativas a las causas de justificación, que presentan mayor interés -por su posible aplicabilidad- para el caso objeto del presente dictamen y antes de abordar el análisis de los presupuestos necesarios para apreciar la concurrencia, o no, de una posible causa de justificación, previamente es necesario determinar si es posible el concurso entre causas de justificación y en caso afirmativo, cuál de las causas de justificación, puede o debe ser estimada.

²⁷ CUERDA RIEZU, A. 1990. Sobre el concurso entre causas de justificación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* Tomo 43, Fasc/Mes 2, 1990 Consultada 16/02/2016. ISSN-0210-3001 (página 523).

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=sobre%20el%20concurso%20entre%20causas%20de%20justificaci%C3%B3n&filtros.DOCUMENTAL_FACET_TEXT_OS=true

²⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 2067/2002, de 13 de diciembre [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3149373&links=%222067%2F2002%22&optimize=20030912&publicInterface=true>

²⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 519/2014, de 26 de junio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=7128144&links=%222519%2F2014%22&optimize=20140718&publicInterface=true>

³⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 659/2012, de 26 de julio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6510092&links=%222659%2F2012%22&optimize=20121005&publicInterface=true>

³¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 332/2000, de 24 de febrero [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3173097&links=%222332%2F2000%22&optimize=20030830&publicInterface=true>

Dicho de otro modo, si tanto el estado de necesidad en sentido estricto como la legítima defensa suponen una situación de peligro que solo puede conjurarse mediante un hecho típico, ¿Cuándo aplicaremos una u otra?

Como punto de partida seguimos la opinión doctrinal de CUERDA RIEZU³² respecto a la doctrina de las causas de justificación, base para analizar después su eventual aplicación a este caso.

La importancia de la concurrencia entre causas de justificación, en principio aplicables, se pone de manifiesto cuando una misma conducta puede resultar conforme a derecho según una causa de justificación, pero contraria a derecho según otra.

A priori, la concurrencia entre eximentes de distinta naturaleza (por ejemplo, el menor de edad que actúa en legítima defensa), no plantea ningún problema y se soluciona dando preferencia a la causa de justificación sobre la de inimputabilidad, aplicando la solución jurídica más beneficiosa, por lo tanto a la misma solución habrá que llegar en los casos de concurso entre eximentes y atenuantes, o atenuantes entre sí; en consecuencia, la posibilidad de que se originen situaciones de concurso como las planteadas, habla en favor de la hipótesis concursal entre eximentes de la misma naturaleza, más concretamente entre la legítima defensa y el estado de necesidad.

El problema práctico que se plantea consiste en determinar si ante la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación -hecho que implica la imposibilidad de amparar una conducta bajo esa causa de justificación- cabe considerar conforme a Derecho esa conducta de acuerdo con otra causa de justificación.

Para resolver esta cuestión, nos puede ayudar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982³³, donde no solo se ponen de relieve las cuestiones concursales expuestas, sino que además se ofrecen criterios de solución para los problemas que se plantean. El debate se centra (i) en determinar si son susceptibles de apreciarse conjuntamente dos causas de justificación (en el caso analizado legítima defensa y “cumplimiento de un deber”), y (ii) en el supuesto de incompatibilidad, especificar cuál de ellas debe ser apreciada. Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, el Tribunal entiende que los mismos hechos que influyen en la determinación de la responsabilidad penal no pueden servir de base o fundamento para aplicar diferentes normas, con el objeto de evitar la dualidad del precepto penal en su efectividad o apreciación, lo que implica que idénticos supuestos fácticos de circunstancias influyentes en la calificación jurídica han de operar de forma excluyente; por lo que, de acuerdo con este criterio, es imposible aplicar conjuntamente ambas eximentes, pues tanto una como la otra se fundamentan en la misma dinámica delictiva. Para resolver la cuestión, una vez admitida su incompatibilidad, el problema se centra en determinar cuál de ellas ha de ser estimada; para resolver el tribunal dilucida

³² CUERDA RIEZU, A. 1990. Sobre el concurso entre causas de justificación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* Tomo 43, Fasc/Mes 2, 1990 (páginas 519 a 556) Consultada 16/02/2016. ISSN-0210-300.

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=sobre%20el%20concurso%20entre%20causas%20de%20justificaci%C3%B3n&filtros.DOCUMENTAL_FACET_TEXT_OS=true

³³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 744/1982, de 13 de mayo [consultada 18 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4413665&links=%22MARIANO%20GOMEZ%20DE%20LIA%C3%91O%20COBALEDA%22&optimize=19960115&publicInterface=true>

(y así debemos hacerlo nosotros) cuál de las causas de justificación se adapta mejor al supuesto de hecho frente al que nos encontramos atendiendo al fundamento y requisitos de cada una de aquéllas, para terminar apreciando la eximente de cumplimiento de un deber, porque sobre la dinámica delictiva, se perfila con más intensidad la actuación del agente en la misión que tenía encomendada, que la presencia de la agresión permisiva de su defensa.

La última consecuencia que cabe extraer de la sentencia es que la causa de justificación desplazada no produce ningún efecto, aunque esta pudiera darse en su modalidad completa y la causa de justificación preferente solo sea apreciable como incompleta.

Las conclusiones a las que llega la referida sentencia pueden ser trasladadas *mutatis mutandi*, a nuestro supuesto, pero antes debemos analizar los aspectos esenciales de ambas eximentes.

Al estudiar el significado de la legítima defensa advertimos que en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación frente al Derecho, mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en situación legítima respecto a su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho, pues ninguno de ellos es aquí un injusto agresor³⁴. Esta diferencia es, la que explica los distintos límites que fija la ley a la legítima defensa y al estado de necesidad. Mientras que en principio es legítima toda defensa necesaria para repeler una agresión ilegítima³⁵, el estado de necesidad solo se justifica cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar³⁶.

También en nuestro supuesto, pero de manera inversa, se perfila más intensa la presencia de la agresión que permite su defensa, que el conflicto de sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho porque ninguno es agresor.

En definitiva, es esa diferencia la que delimita los distintos ámbitos de aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad, hasta el punto que, a la reacción defensiva contra una agresión ilegítima, constitutiva de un hecho típicamente antijurídico, no procede la aplicación de la eximente de estado de necesidad, sino la de legítima defensa.

El Tribunal Supremo, se ha pronunciado a favor de la absoluta autonomía de la legítima defensa respecto al estado de necesidad, por cuanto, en la legítima defensa se defienden bienes jurídicos frente a una agresión ilegítima, y tal defensa conlleva la del ordenamiento jurídico, a cuya reafirmación contribuye, circunstancias que no concurren en el estado de necesidad³⁷.

³⁴ MIR PUIG, S. 2015. *Derecho penal parte general*. 10^a edición. Barcelona: Reppertor (página 462).

³⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 544/2007, de 21 de junio [consultada 17 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=435202&links=%22544%2F2007%22&optimize=20070712&publicInterface=true>

³⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 186/2005, de 10 de febrero [consultada 18 de febrero de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=1484260&links=%22186%2F2005%22&optimize=20050414&publicInterface=true>

³⁷ ³⁷ España. Tribunal Supremo (Sala 2^a) [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Sentencia de 13 de abril de 1987, RJ 1987/2563 [consultado 7 de abril de 2016].

4. ¿Concurren en el caso, todos y cada uno de los presupuestos necesarios de la legítima defensa?

La legítima defensa determina que una conducta *a priori* antijurídica, deviene conforme a Derecho, y por tanto constituye una causa de justificación, que deberá ser reconocida por el Tribunal, para exculpar al que se defiende, siempre y cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 20.4º del vigente Código Penal³⁸, a saber, (i) agresión ilegítima; (ii) necesidad racional del medio empleado para la defensa; y, (iii) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

El pronunciamiento sobre el cumplimiento, o no, de los requisitos para su aplicación, requiere de nuevo distinguir entre las dos acciones a las que nos hemos referido en la primera de las cuestiones planteadas; la primera de ellas, como ya hemos dicho, se desarrolla en el interior de la vivienda y tiene como resultado la muerte del presunto agresor y la segunda, que transcurre en el exterior de dicha vivienda, tiene como resultado las lesiones de otro de los asaltantes.

Antes de entrar en el análisis de las acciones mencionadas y tras un repaso a la normativa aplicable y jurisprudencia recaída a este respecto, llegamos a las siguientes conclusiones:

Primera.- La circunstancia eximente es aplicable tanto a la defensa de las personas como a la de sus derechos.

Segunda.- La agresión debe significar un peligro real y objetivo con potencia para dañar³⁹, que ponga en peligro, de manera inmediata, bienes jurídicamente protegidos⁴⁰, lo que excluye las acciones simplemente amenazadoras, cuando no van acompañadas de un peligro real e inmediato. Sin embargo, la agresión debe entenderse producida no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato⁴¹.

Tercera.- La agresión debe tener origen en una conducta ilegítima y jurídicamente injustificada, pues frente actos justificados no cabe reacción

³⁸ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 9 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

³⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 544/2007, de 21 de junio [consultada 8 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=435202&links=%22544%2F2007%22&optimize=20070712&publicInterface=true>

⁴⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 592/2000, de 10 de abril [consultada 8 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3172870&links=%22592%2F2000%22&optimize=20030830&publicInterface=true>

⁴¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1760/2000, de 16 de noviembre [consultada 9 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3202172&links=%221760%2F2000%22&optimize=20030808&publicInterface=true>

justificada, y debe ser actual, pues en ello estriba la distinción entre justificación y venganza⁴².

Cuarta.- La defensa ha de ser necesaria y proporcionada a la agresión, por lo que para su apreciación deberá ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del peligro, las posibilidades de defensa, incluso la propia condición del que se defiende, de tal modo que cuando se aprecie un falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa, podrá apreciarse como eximente incompleta del artículo 21.1^a del Código Penal⁴³.

Quinta.- La falta de necesidad de defensa impide la apreciación de la eximente de legítima defensa, completa o incompleta, al encontrarnos ante un exceso extensivo o impropio, en el que se prorroga indebidamente la defensa al haber cesado la agresión, convirtiéndose en una acto de venganza o represalia que no admite justificación⁴⁴.

Sexta.- No debe existir provocación suficiente, por parte de quien se defiende, como para desencadenar la agresión sufrida por el mismo, de modo que cuando la provocación sea suficiente, podrá apreciarse también la eximente incompleta del mencionado artículo 21.1^a del Código Penal.

Dicho esto solo resta ver de qué manera inciden estas conclusiones en las conductas descritas en el relato de los hechos, a efectos de determinar si concurren los requisitos de aplicabilidad de la eximente, exigidos legal y jurisprudencialmente.

Con relación a la acción defensiva que se produce en el interior de la vivienda, de los tres requisitos típicos, la agresión ilegítima y la ausencia de provocación concurren sin duda; desde una perspectiva *ex ante* el asalto a la vivienda, dentro del clima de terror que se vive como consecuencia de los robos violentos que se han producido en la zona, constituye un riesgo inminente de ataque, que justifica la necesidad de defensa.

Con relación al requisito relativo a la necesidad racional del medio empleado, es cierto, que para repeler la agresión de unos delincuentes, que asaltando la vivienda a altas horas de la madrugada, en el ambiente de inseguridad que se vivía, en plena obscuridad y sin saber cuántos eran, ni con que armas contaban, no puede exigirse al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa idóneos, que no tienen por qué ser los más inocuos para el agresor; ahora bien, aun admitiendo que el autor de los disparos actuara presa del pánico, se hace difícil admitir la necesidad de efectuar dos disparos “a bocajarro” a cuatro metros de distancia, sin que previamente encendiera las

⁴² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1314/2006, de 18 de diciembre de 2006 [consultada 9 de marzo de 2016]. Disponible en:
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=576996&links=legitima%20defensa&optimize=20070215&publicInterface=true>

⁴³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 544/2007, de 21 de junio [consultada 9 de marzo de 2016]. Disponible en:
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=435202&links=%22544%2F2007%22&optimize=20070712&publicInterface=true>

⁴⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1252/2001, de 26 de junio [consultada 9 de marzo de 2016]. Disponible en:
<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3202850&links=legitima%20defensa%20%221252%2F2001%22&optimize=20030808&publicInterface=true>

luces para asegurarse, contra qué o quién estaba disparando, más aun cuando en sus movimientos posteriores mostró una total presencia de ánimo; por lo que su reacción defensiva frente al posible riesgo, debe apreciarse, “*prima facie*”, desproporcionada, razón por la cual, entendemos que el requisito no concurre, al menos de manera completa.

No resulta fácil establecer criterios para medir la racionalidad de la respuesta defensiva, no obstante descartada la aplicación del “principio de proporcionalidad” -más propio del estado de necesidad, donde tiene plena vigencia- la doctrina mayoritaria⁴⁵, se muestra partidaria de entender que la racionalidad ha de valorarse *ex ante* y conforme a una criterio objetivo, atendiéndose a la totalidad de los datos objetivos concurrentes en el momento del ataque, tanto los relativos a la agresión, como a las circunstancias que la rodean y, por supuesto, todos aquellos de carácter personal, tanto del agresor como del defensor, como son edad, sexo, complejión física, profesión, etc..., pero estos datos no pueden confundirse con aspectos subjetivos, pertenecientes a la esfera interna del agredido, como su estado de ánimo, su forma de reaccionar ante las adversidades, que sin duda deberán tenerse en cuenta, pero no a la hora de establecer la necesidad racional del medio empleado, sino en sede de culpabilidad o de exigibilidad.

Por lo que se refiere a la acción que se desarrolla fuera de la vivienda, los hechos son bien diferentes.

Poco que añadir con respecto al requisito de falta de provocación de quien se defiende, salvo que se entiende cumplido, como consecuencia de la ausencia de aquélla.

De manera muy distinta se plantean las cosas desde el punto de vista del requisito de la agresión ilegítima, pues la acción “defensiva” se produce en plena huida de los otros dos asaltantes, es decir, cuando no existe necesidad de defensa, circunstancia esta que determina la imposibilidad de apreciar la eximente de legítima defensa -completa o incompleta, al no ser este requisito graduable, según reiterada jurisprudencia⁴⁶- por encontrarnos ante un exceso extensivo o impropio de la legítima defensa, en el que la defensa violenta se prorroga indebidamente, tras haber cesado la agresión; bien movido por el deseo de venganza, en cuyo caso la jurisprudencia excluye la aplicación de cualquier modalidad de la legítima defensa⁴⁷; bien ejerciendo lo que la doctrina ha llamado legítima defensa “preventiva”⁴⁸, carente de todo efecto justificante, porque frente a un ataque futuro (no actual) no cabe defensa.

Rechazado el cumplimiento del requisito de agresión ilegítima, y no siendo este último graduable no cabe ya analizar el que resta, necesidad racional del medio empleado en la defensa, pues la falta del primero determina la inaplicabilidad de la eximente.

⁴⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. 2007. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada: Comares (páginas 49 a 64)

⁴⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1515/2004, de 23 de diciembre [consultada 10 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=1715708&links=%221515%2F2004%22&optimize=20050210&publicInterface=true>

⁴⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 140/2010, de 23 de febrero [consultada 10 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=5141499&links=%22140%2F2010%22&optimize=20100325&publicInterface=true>

⁴⁸ REQUEJO CONDE, C. 1999. *La legítima defensa*. Valencia: Tirant Lo Blanch (página 129-130).

5. ¿En el caso eventual de existir alguna causa de justificación penal de la conducta del señor Bosch operará como eximente o como atenuante respecto a los delitos de los que es acusado?

El artículo 21 del Código Penal⁴⁹ considera circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, las circunstancias eximentes de dicha responsabilidad, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos.

Aceptado, como ha sido desde el inicio, que el debate se debe centrar en determinar si concurren en los hechos descritos, los requisitos de aplicabilidad de la eximente de legítima defensa, por entender que en el caso que nos ocupa, ante la posible justificación de la reacción defensiva frente a una agresión ilegítima, no procede plantearse la aplicación de la eximente de estado de necesidad, sino la de legítima defensa, para determinar ahora si esta causa de justificación operará como eximente o como atenuante, respecto a los delitos de los que es acusado Michele Bosch, debemos analizar cuál de los requisitos para la aplicabilidad de la legítima defensa tiene carácter esencial, por lo que en el caso de no concurrir no será de aplicación ni la eximente completa ni la incompleta prevista el mencionado artículo 21.1º del Código Penal, y cuál no es esencial, en cuyo caso, si se cumplen el resto de requisitos, será posible apreciar la eximente incompleta, reduciéndose la pena por ser menor el desvalor de la acción.

De los tres requisitos típicos, establecidos en el artículo 20.4 del Código Penal, a saber, (i) agresión ilegítima; (ii) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y, (iii) falta de provocación suficiente por parte del defensor, según nuestra jurisprudencia⁵⁰, cito por todas la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 1515/2004, de 23 de diciembre, son elementos esenciales e imprescindibles la falta de provocación y la agresión ilegítima, los cuales no admiten grados, concurren o no concurren, a excepción -en lo que a la agresión ilegítima se refiere- de la denominada "legítima defensa putativa", que supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, no se ha producido, o al menos, no con la gravedad que se le atribuye, que por su propia naturaleza se encuentra vinculada al error de prohibición⁵¹ y que tiene como efecto, conforme al artículo 14.3 del Código Penal, la exclusión de responsabilidad si el error es invencible o la disminución de uno o dos grados si es vencible.

En razón a lo expuesto, la primera de las conductas, donde como ya hemos visto falta la proporcionalidad en los medios de defensa empleados, el posible exceso, llamado intensivo o propio, no impide la aplicación de la eximente incompleta⁵².

⁴⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 9 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

⁵⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1515/2004, de 23 de diciembre [consultada 10 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=1715708&links=%221515%2F2004%22&optimize=20050210&publicInterface=true>

⁵¹ MUÑOZ CONDE, F. ¿"Legítima" defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación *Estudios penales y criminológicos*. N.º 15, 1990-1991, págs. 265-288. Consultada 18/01/2016. ISSN 1137-7550. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2103582>

⁵² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 544/2007, de 21 de junio [consultada 10 de marzo de 2016]. Disponible en:

Ahora bien, cuando no hay necesidad de defensa -como sucede con relación a la segunda de las conductas- tampoco concurre el requisito de agresión ilegítima, produciéndose un exceso intensivo o improPIO⁵³, que impide que la legítima defensa pueda apreciarse, ni como completa ni como incompleta, como ya hemos visto.

6. ¿El señor Bosch incurre en alguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal?

El artículo 22 del Código Penal⁵⁴, considera circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, (i) la alevosía; (ii) ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente; (iii) ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa; (iv) cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad; (v) aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito; (vi) obrar con abuso de confianza; (vii) prevalecerse del carácter público que tenga el culpable; y, (viii) la reincidencia.

De la simple lectura del relato de los hechos y sin necesidad de recurrir a ningún argumento de naturaleza jurídica, podemos descartar la posible concurrencia de circunstancias agravantes, salvo la “alevosía” y el “abuso de superioridad”; analicemos ambas figuras.

El artículo 22.1^a del Código Penal, considera que *“hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente aasegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”*.

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, (i), un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; (ii) que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado (elemento objetivos), precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa; (iii) que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando conscientemente una eventual reacción defensiva de aquél (elemento subjetivo); y (iv) que como consecuencia de todo ello, se aprecie una mayor antijuridicidad

⁵³ <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=435202&links=%22544%2F2007%22&optimize=20070712&publicInterface=true>

⁵⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 153/2013, de 6 de marzo [consultada 10 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6682462&links=%22153%2F2013%22&optimize=20130417&publicInterface=true>

⁵⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 9 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquel fin⁵⁵.

Por lo que se refiere a la agravante de abuso de superioridad, ésta exige la concurrencia de los siguientes elementos esenciales, (i) que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; (ii) que de él se siga la notable disminución de las posibilidades defensivas del ofendido; (iv) que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada, o, conocida ésta, exista un aprovechamiento de la misma; y (v) que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito⁵⁶.

La esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (artículo 139.1^a del Código Penal) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (artículo 22.1^a del Código Penal), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada⁵⁷, mientras que la agravante de abuso de superioridad se caracteriza por la debilitación de la defensa de la víctima, manifestada por la superioridad personal, instrumental o medial de agresor⁵⁸. También conocida como “alevosía de segundo grado” o “alevosía menor”, se fundamenta en una situación de desequilibrio de fuerzas o situaciones entre el sujeto activo del delito y la víctima, que sin privar a ésta de su capacidad de defensa, como ocurre en la conducta alevosa, provoca una disminución de dicha capacidad y se coloca así en situación de notable ventaja a la parte agresora⁵⁹.

De lo expuesto, extraemos dos conclusiones, que estarán en la base de nuestro razonamiento:

En primer lugar, en el hipotético, pero nada improbable caso, de que una misma conducta encajara en ambas agravantes, el elemento a tener en cuenta para que se aprecie una u otra, será una cuestión de grado.

En segundo lugar, no es posible apreciarlas simultáneamente, o concurre una u otra, pero no ambas.

Antes de pronunciarnos acerca de la posible concurrencia de las agravantes objeto de análisis, de nuevo se hace necesario distinguir entre los dos hechos delictivos en los que se centra nuestro estudio.

Con respecto al homicidio consumado que se perpetra en el interior de la morada de Michele Bosch, aceptada la concurrencia de la eximente incompleta de

⁵⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 446/2013, de 17 de mayo [consultada 13 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=6748905&links=%222446%2F2013%22&optimize=20130614&publicInterface=true>

⁵⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 85/2009, de 6 de febrero[consultada 13 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4445484&links=%22285%2F2009%22&optimize=20090305&publicInterface=true>

⁵⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 311/2014, de 16 de abril [consultada 12 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=7028973&links=%222311%2F2014%22&optimize=20140425&publicInterface=true>

⁵⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 839/2007, de 15 de octubre [consultada 12 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=275960&links=%222839%2F2007%22&optimize=20071129&publicInterface=true>

⁵⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 410/2007, de 18 de mayo [consultada 12 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=497944&links=%222410%2F2007%22&optimize=20070607&publicInterface=true>

legítima defensa, no es posible apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía, dado que no cabe conciliar sus respectivos elementos subjetivos⁶⁰. No parece compatible la exigencia de una mayor antijuridicidad en la conducta de áquel -elemento esencial de la alevosía- con la reducción de culpa que supone la apreciación de la eximente incompleta. Tampoco parece apreciable la agravante cuando media una agresión ilegítima, como sucede en el supuesto que nos ocupa.

No obstante el Tribunal Supremo -cito por todas, la Sentencia de 16 de febrero de 1986⁶¹- se ha pronunciado a favor de la compatibilidad entre alevosía y legítima defensa, aunque reconoce la dificultad de *“conciliar en una misma acción la premura y aturdimiento con que, por lo general, actúa quien se defiende o acude en defensa de otros y la forma, al menos mínimamente reflexiva, como procede el que ordena y dispone medios que aseguren la ejecución.”*

De otra parte, y sin que entre ambas exista una incompatibilidad conceptual, tampoco resulta apreciable, al menos desde nuestra perspectiva, la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad pues aunque desde el punto de vista objetivo, se produce una situación de superioridad y un desequilibrio de fuerzas a favor del agresor, derivado del uso de un arma de fuego, y esta superioridad tiene como resultado la disminución de las posibilidades de defensa del asaltante -aunque sin llegar a eliminarlas- falta claramente el elemento subjetivo, pues Michele Bosch, ni conoce previamente esa situación de desequilibrio, en la medida que ignora el número de asaltantes y si estos van o no provistos de armas, ni se aprovecha conscientemente de ello; en consecuencia faltando el elemento culpabilístico, no es posible apreciar la circunstancia agravante de abuso de autoridad.

Distinto reproche penal merece la conducta constitutiva del delito de homicidio en grado de tentativa que se comete fuera de la vivienda.

Los hechos hablan por sí solos; tras el asalto, una vez que había sido “neutralizado” el agresor, Michele Bosch, haciendo gala -como ya hemos dicho- de una entereza de ánimo poco habitual tras haber dado muerte al asaltante y una vez conocida la tipología del arma que portaba, carga de nuevo el rifle y desde una posición que le confiere un dominio de la escena, vuelve a disparar contra el coche, en el que los otros dos asaltantes inician la huida, hiriendo al copiloto en omoplato y clavícula derecha.

De los datos obtenidos se infiere, que Michele Bosh, perfecto conocedor de los efectos del medio empleado para la comisión del delito, buscó de manera consciente eliminar cualquier riesgo, que para su persona pudiera suponer una reacción defensiva de los asaltantes⁶², concurriendo los elementos necesarios (objetivo y subjetivo) para que sea apreciada la agravante de alevosía, en su modalidad sorpresiva, toda vez que el disparo se produce cuando los asaltantes

⁶⁰ ARIAS EIBE, M.J. 2005. La circunstancia agravante de alevosía. Estudio Legal, dogmático-penal y jurisprudencial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 7 2005. Consultada 10/03/2013. ISSN-e 1695-0194 (página 23).

<https://dialnet.unirioja.es/superiorervlet/articulo?codigo=1068025>

⁶¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Roj: STS 7095/1986, de 16 de febrero [consultada 30 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=1174785&links=&optimize=20051011&publicInterface=true>

⁶² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 105/2007, de 14 de febrero [consultada 14 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=531213&links=%22105%2F2007%22&optimize=20070412&publicInterface=true>

han iniciado su huida y presumiblemente por la espalda (recordemos que el disparo alcanza a la víctima en omoplato y clavícula), cuando éstos ya no esperaban mayor respuesta defensiva por parte del morador de la vivienda que previamente habían asaltado, siendo el carácter sorpresivo de la de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa⁶³.

Antes de finalizar, tan solo destacar que tras apreciar la agravante de alevosía, debemos revisar la calificación inicial del delito, que pasa, de tentativa de homicidio a tentativa de asesinato, ex artículo 139.1^a del Código Penal.

Por último recordemos lo que nuestro Tribunal Supremo ha dicho acerca de la agravante de alevosía, en su Sentencia de 25 de abril de 1985⁶⁴: “*la circunstancia agravante de alevosía (...), ha sido de siempre uno de los conceptos jurídicos más difíciles de definir y completar a lo que han contribuido distintas circunstancias todas ellas con el denominador común de la imprecisión con que ha venido configurada respecto del origen, ámbito y efectos, (...)*”.

7. ¿Cuál es el tribunal objetiva, funcional y territorialmente competente para conocer de los hechos?

El artículo 117.3 de la Constitución⁶⁵ atribuye, en exclusiva, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de procedimiento que las mismas establezcan.

A los efectos que aquí nos interesan estas leyes son, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por su parte el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶⁶, dispone que “*en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español (...)*”; corresponde pues a la jurisdicción española el enjuiciamiento de los delitos de los que se acusa Michele Bosch, por haberse cometido en Barcelona.

Por último, dentro de la jurisdicción española, corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de la causa que se derive de la comisión de los referidos delitos, tal y como dispone el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁷.

Centrados ya en las cuestiones relativas a la competencia objetiva, el Juzgado de Instrucción territorialmente competente, efectuará la fase instructora del proceso, cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado, a la Audiencia

⁶³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 379/2009, de 13 de abril [consultada 14 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4566935&links=%222379%2F2009%22&optimize=20090521&publicInterface=true>

⁶⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Roj: STS 193/1985, de 25 de abril [consultada 30 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4406021&links=&optimize=19960112&publicInterface=true>

⁶⁵ España. Constitución española. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 [consultado 11 de marzo de 2016]. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229

⁶⁶ España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 157, de 2 de julio de 1985, páginas 20632 a 20678 [consultado 11 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-12666

⁶⁷ España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806 [consultado 11 de marzo de 2016].

Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&p=20151006&tn=0#>

Provincial y a los Juzgado de lo Penal, con independencia de cuál sea el procedimiento que se siga, en los términos establecidos en el artículo 87.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En lo que al enjuiciamiento se refiere, el Juzgado de lo Penal, conoce de la fase de juicio oral -en lo que aquí interesa- de delitos a los que la ley señale una pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años, excluyéndose los delitos cuya competencia esté atribuida al Tribunal del Jurado, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado⁶⁸; por el contrario la Audiencia Provincial conoce de causas por delitos sancionados con penas privativas de libertad superior a cinco años.

Por lo tanto para determinar si la competencia objetiva, corresponde al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial, habrá de atenderse a la pena establecida por el Código Penal para el tipo delictivo abstracto que vaya a ser objeto de enjuiciamiento.

No obstante, a tenor del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que dispone que el Tribunal del Jurado, tendrá competencia para el conocimiento y fallo de las causas por delitos de homicidio, podría interpretarse que en un caso como el presente, donde se va a enjuiciar un delito de homicidio consumado y otro en grado de tentativa, el homicidio consumado atraería la competencia del Tribunal del Jurado, del que no ha alcanzado ese grado de ejecución, pese que el artículo 5.1 de la mencionada ley establece, que en los delitos contra las personas sólo será competente el Jurado, si el delito fuese consumado; sin embargo el Tribunal Supremo⁶⁹ no se ha pronunciado a favor de esta interpretación, por lo que debemos concluir que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provinciales, en función del "quantum" de pena con que el delito esté sancionado.

En razón a la complejidad técnica que tiene la determinación del elemento subjetivo del delito (*animus necandi o laedandi*) para determinar su naturaleza y grado de ejecución, el legislador ha decidido excluir de la competencia del Tribunal del Jurado, casos como el presente, donde los hechos bien pueden ser constitutivos de un delito no consumado de homicidio, bien de lesiones consumadas.

Así pues, como quiera que el artículo 138 del Código Penal, sanciona el delito de homicidio con pena de prisión de diez a quince años, la competencia objetiva para el conocimiento y fallo de los delitos que se le imputan a Michelle Bosch, corresponde a la Audiencia Provincial.

En lo que respecta a la competencia funcional, en atención a las distintas fases que integran el proceso penal, debemos distinguir entre la fase declarativa, la de impugnación y la de ejecución⁷⁰.

En la fase declarativa, que a su vez se divide en, instructora, intermedia y de juicio oral, ya hemos visto que la fase de instrucción corresponde a los Juzgados

⁶⁸ España. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.[Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 122, de 23 de mayo de 1995, páginas 15001 a 15021 [consultado 11 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-12095

⁶⁹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 247/2009, de 12 de marzo [consultada 12 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4508576&links=%222247%2F2009%22&optimize=20090415&publicInterface=true>

⁷⁰ GIMENO SENDRA, V. 2013. *Manual de Derecho procesal Penal*. Madrid: Constitución y leyes, S.A. (página 89).

de Instrucción, y la fases, intermedia -que tiene por objeto decidir sobre la apertura del juicio oral- y de juicio oral, corresponden a la Audiencia Provincial. Ya en fase de impugnación, sería el Juzgado de Instrucción el competente para conocer del recurso de reforma, contra sus propias resoluciones (artículo 220, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

A su vez, la Audiencia Provincial, conforme a lo previsto en el artículo 82.1.2º de la Ley Orgánica del poder Judicial, en relación con el artículo 220, inciso segundo, de Ley de Enjuiciamiento Criminal, sería competente para el conocimiento de los recursos de apelación y queja contra resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción.

Por último, correspondería a la Sala 2ª del Tribunal Supremo, el conocimiento del recurso extraordinario de casación y revisión contra la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial (artículo 57.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por lo que se refiere a la competencia funcional, el conocimiento del proceso de ejecución, corresponde al órgano jurisdiccional, que dictó la sentencia en la instancia -en el presente supuesto la Audiencia Provincial- (artículo 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), salvo en el caso de la segunda sentencia que pudiera dictar la Sala 2ª del Tribunal Supremo, tras la de casación, en cuyo caso, la sentencia se ejecutará por el Tribunal que hubiese dictado la sentencia casada (artículo 986 del Ley de Enjuiciamiento Criminal), que en nuestro supuesto volvería a ser la Audiencia Provincial.

Para terminar, la competencia territorial o fuero, según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, viene determinada por el lugar de comisión del delito (*“forum comissi delicti”*), que atribuye al Juez de Instrucción, del partido judicial en el que el delito se ha cometido, la instrucción de la causa y a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde se ha cometido el delito, el conocimiento y fallo de la causa por dicho delito, es decir, Juzgados de Instrucción de Barcelona y Audiencia Provincial de Barcelona respectivamente.

Con relación a la competencia territorial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, ésta extiende su jurisdicción sobre todo el territorio nacional.

8. Redacte un listado de los principales argumentos que fundamenten los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y los acusadores particulares y proceda a su refutación en calidad de abogado de la defensa.

– ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LOS ESCRITOS DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL Y DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR:

Primero.- Los hechos descritos, son legalmente constitutivos de un delito consumado de asesinato, previsto y penado en el artículo 139 del Código Penal vigente; y de otro delito, conexo con el anterior, también de asesinato, pero en grado de tentativa, del artículo 139 en relación con el artículo 16 y 62 del Código Penal.

Segundo.- De los hechos descritos es responsable criminalmente el acusado Michele Bosch, en concepto de autor, conforme al artículo 28 del Código Penal.

Tercero.- Concurren en la agresión las siguientes circunstancias que dan a conocer el propósito homicida del autor:

El acusado era un experto en la manejo de armas. Aficionado a la caza mayor,

contaba con un importante arsenal armamentístico en su domicilio y conocía perfectamente los estragos que un arma de fuego provoca en un ser vivo. Pero no por ello dudo un solo instante, antes al contrario, y ante la sospecha de que había un intruso en su vivienda, cogió un rifle y sin tomar la más mínima y exigible cautela para averiguar qué estaba sucediendo realmente, abrió fuego dos veces “a quemarropa” sobre la figura que se presentó ante él, provocándole la muerte.

No satisfecho con ello, cargó de nuevo el arma, y apostándose en un lugar que le otorgaba un perfecto dominio de la situación y sin riesgo para su persona, volvió a abrir fuego -esta vez por la espalda- contra dos individuos, que alarmados por los disparos huían en un vehículo situado frente al inmueble del acusado, alcanzando a uno de ellos en omoplato y clavícula, y provocándole las heridas descritas en los dictámenes médicos.

El acusado que en todo momento hizo gala de una gran presencia de ánimo, y lejos de cuestionar los hechos y la autoría de los mismos, los reconoció ante la policía, en declaración prestada tras su detención.

La actuación llevada a cabo, el arma utilizada -un rifle de caza mayor- la reiteración de sus actos y el ataque sorpresivo por la espalda, permiten inferir sin ningún género de duda la intencionalidad del acusado, que no era otra que acabar con la vida de las víctimas.

Cuarto.- Respecto de la circunstancia de alevosía, cuya concurrencia es necesaria para calificar el homicidio como asesinato, no podemos rechazarla puesto que del relato de los hechos así se acredita, como demostraríamos.

Tres son los elementos que según reiterada jurisprudencia se requieren para poder apreciar esta agravante: (i) el elemento normativo, que se cumple, cuando el delito de apreciación es un delito contra las personas, como sucede en el presente caso; (ii) el elemento instrumental, que podemos afirmar, concurre cuando el acusado utiliza los medios adecuados para asegurar la ejecución, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima; y, (iii) el elemento culpabilístico, apreciable cuando el sujeto busca eliminar el riesgo que supone una reacción defensiva de la víctima.

El uso de un arma idónea para causar la muerte; la conducta irreflexiva del acusado; la falta de proporcionalidad en su respuesta, frente a una hipotética agresión y el ataque sorpresivo que perpetra frente a los individuos que huyen, encuentran encaje en la circunstancia alevosa que califica los hechos como asesinato.

Quinto.- Frente a lo que considera la defensa del acusado consideramos que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Así la defensa invoca la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente del artículo 20.4º del Código Penal por actuar motivado en una legítima defensa.

La legítima defensa como respuesta a una agresión ilegítima y actual, mediante un acto de lesión a bienes jurídicos del agresor, requiere para ser apreciada los siguientes requisitos: (i) agresión ilegítima, como elemento básico generador de toda legítima defensa, completa o incompleta, lo que exige que se trate de un ataque real, serio, actual e inminente que se exterioriza a través de una acción material que revista la forma de ataque o acometimiento físico que justifique la reacción defensiva del sujeto; (ii) que exista necesidad de la defensa, en cuanto que no exista otro medio menos lesivo para impedir o repeler la agresión; y (iii) que por parte del que se defiende no se haya provocado el ataque agresivo.

Pues bien, en el presente caso no puede ser estimada la circunstancia eximente en ninguna de sus formas, por las siguientes razones.

En primer lugar, las pruebas forenses a las que fue sometido el acusado no revelan signos de acometimiento físico que justifique su reacción defensiva.

En segundo lugar, tampoco puede apreciarse necesidad defensiva, al menos desde el punto de vista de los medios empleados, teniendo en cuenta que el fallecido portaba un bate de béisbol, mientras que el acusado iba armado con un rifle de gran calibre; circunstancia de la que se infiere que el acusado podría haber repelido el ataque, sin necesidad de acabar con la vida de aquél.

Por último, desde la perspectiva de los bienes jurídicos en juego, es de destacar, que frente a una hipotética agresión contra bienes de carácter patrimonial, el acusado "sacrifique" un bien jurídico de mayor entidad, como es la vida humana. Todo ello, impide la aplicación de la eximente, completa e incompleta, de legítima defensa, pues en ambos casos se produce un exceso extensivo o impropio en el que la reacción se materializa; bien, cuando no existe agresión o se anticipa, bien, cuando se prorroga indebidamente porque la agresión ha cesado, el ánimo de defensa está totalmente ausente y solo el deseo de venganza, asiste al acusado.

Sexto.- En cuanto a la responsabilidad civil, los artículos 109 y siguientes del Código Penal, establecen que un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar los daños y perjuicios causados, mediante la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

Séptimo.- De acuerdo con lo dispuesto en el 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los criminalmente responsables de un delito, lo son también de las costas, con inclusión de las de la acusación particular.

– ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LOS ESCRITOS DE LA DEFENSA:

Primero.- Frente a la calificación que sostienen las acusaciones, entendemos que los hechos descritos constituyen un delito consumado de homicidio, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal vigente; y un delito de lesiones, conexo con el anterior, del artículo 148 de dicho Código; no obstante queda excluida la responsabilidad criminal de mi patrocinado, en tanto que concurre la eximente de legítima defensa del artículo 20.4 del Código Penal,

Segundo.- Las acusaciones basan su tesis acusatoria en que el acusado pretendía acabar con la vida de las víctimas; sin embargo, del relato de los hechos, se infiere una voluntad bien distinta a la descrita por las acusaciones en sus escritos de calificación, como vamos a demostrar:

Mucho se ha dicho acerca de que mi patrocinado era un experto en el manejo de las armas y que era conocedor de sus efectos, pero ello no le convierte sin más en un asesino; contrariamente a esta idea Michele Bosch, tenía todas sus armas de caza en regla y siempre había hecho un uso responsable y prudente de las mismas.

En su argumentación, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, han omitido -no sabemos si deliberadamente- una serie de hechos que acontecieron la noche de autos y que son determinantes a la hora de la correcta calificación jurídica de lo que allí sucedió. Los hechos son los siguientes:

Desde hacía varios meses, se habían repetido en la zona, donde se encuentra la

vivienda familiar de mi patrocinado, una serie de robos violentos, que habían provocado entre sus habitantes, un auténtico clima de pánico.

En ese contexto, la madrugada del pasado 20 de octubre de 2014, el fallecido y otros miembros de la organización asaltaron el domicilio del acusado, matando a la mascota de la familia -un inofensivo cachorro- que con sus ladridos había alertado a los habitantes de la casa.

De lo hasta ahora expuesto, se infiere que el acusado, presa del pánico, se representó mentalmente y de manera absolutamente nítida, que el ataque sufrido suponía un riesgo para su propia vida y para la del resto de su familia, sin que le fuera exigible una profunda y serena reflexión orientada a escoger el medio de defensa que iba a emplear y mucho menos que el medio escogido fuera el más inocuo para el agresor, resultando, en consecuencia, justificada la defensa.

Resulta evidente que la voluntad de mi defendido no era matar al asaltante, sino defenderse de su ataque, sin perjuicio de que se hubiera representado este resultado como necesario para alcanzar el fin defensivo.

A partir de ese momento, todo se desarrolló muy rápidamente, Michele Bosch todavía conmocionado por lo sucedido y convencido de que el ataque no había concluido, no tuvo más alternativa para repeler el ataque, que de manera inminente se podía repetir, que abrir fuego de nuevo contra los otros dos asaltantes que se encontraban en el exterior de la vivienda; sin embargo de ello no podemos deducir, como pretenden las defensas, que la voluntad de mi patrocinado fuera acabar con la vida de los asaltantes, pues siendo un experto en el manejo de las armas -como se sostiene de contrario- si su propósito hubiera sido éste, qué duda cabe que lo hubiera conseguido; por consiguiente, faltando el ánimo o voluntad de matar, no podemos aceptar la calificación de asesinato en grado de tentativa, como pretenden las acusaciones, debiendo prevalecer la de lesiones consumadas, sin perjuicio de la posterior apreciación de la eximente de legítima defensa, como más adelante expondremos.

Tercero.- Con relación a la agravante de alevosía, cuya apreciación sostienen las acusaciones, rechazamos tal posibilidad en la medida que no es posible sostener que en el estado de aturdimiento en el que se hallaba el acusado tras el inesperado y sorpresivo asalto del que fue víctima y teniendo como único objetivo proteger su propia vida y la de su familia, actuara con la mínima reflexión necesaria para ordenar y disponer los medios que aseguren la ejecución de su acción, eliminando el riesgo que para su persona pudiera significar una reacción defensiva de los asaltantes; requisitos necesarios para que pueda apreciarse que concurre la agravante.

Cuarto.- De manera contraria a lo que defienden las acusaciones, estimamos que el acusado actuó en legítima defensa, y dicha eximente será reconocida por el Tribunal para exculpar al acusado, en base a los siguientes hechos y consideraciones:

En primer lugar, es cierto, como exponen las acusaciones, que mi patrocinado no presentaba signos de acometimiento físico, que pudiera venir de los asaltantes; no obstante la jurisprudencia ha entendido, que el acometimiento como sinónimo de agresión, debe entenderse no solo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque.

En segundo lugar, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado -requisito esencial de la legítima defensa- con la proporcionalidad, como adecuación entre la lesión que puede ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada y la que se quiere evitar, pues la defensa se justifica en base a

su necesidad y no por la proporcionalidad.

Por último, para determinar la racionalidad del medio empleado, no podemos atender solo a la paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, o, a la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados -máxime cuando desde una perspectiva *ex ante*, resultaba imposible para mi defendido valorar dichos aspectos- sino que debe también atenderse a los aspectos subjetivos, relevantes dada la perturbación anímica provocada por el ataque, sin que fuera exigible al acusado, que tras una reflexión optara por el medio de defensa más proporcionado y que limitara su reacción defensiva a lo estrictamente necesario para repeler el ataque.

No obstante, si el Tribunal llegara a apreciar que falta la proporcionalidad en la reacción defensiva que se produce en el interior de la morada de la familia Bosch, el posible exceso intensivo, que no extensivo como sostienen las acusaciones, no debe impedir la aplicación de la eximente incompleta, operando en tal caso como atenuante.

Quinto.- La exención de responsabilidad criminal, comprende la de la responsabilidad civil, ex artículo 118 del Código Penal.

Sexto.- En virtud del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos.

9. ¿En el caso de apreciarse causa de justificación distinta al estado de necesidad es posible eximir de responsabilidad civil? ¿Qué vías civiles existen para compensar daños y perjuicios en este caso?

La norma contenida en el artículo 116 del Código Penal⁷¹, establece con carácter general que la responsabilidad civil tiene como antecedente necesario la responsabilidad penal, pero excepcionalmente el artículo 118 del mismo cuerpo legal dispone que en determinados supuestos, la responsabilidad civil *ex delicto* derivada de la realización de ilícitos penales^{72/73} no queda excluida aun cuando los autores del acto que la genera no sean declarados penalmente responsables, por apreciarse la concurrencia de una circunstancia eximente.

Entre las circunstancias eximentes recogidas en el citado artículo 118, no se encuentran, ni la legítima defensa (artículo 20.4º del Código Penal), ni el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un de derecho (artículo 20.7º del Código Penal), por lo que a contrario sensu, debemos interpretar que si la exención de responsabilidad deriva de la apreciación de una de estas causas de justificación, ello supondrá la licitud la conducta típica y la exclusión tanto de la responsabilidad penal como de la civil derivada del delito⁷⁴, pues el sujeto habrá

⁷¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 22 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

⁷² No obstante, como ha expuesto JUAN SÁNCHEZ, R., 2004, debemos destacar que la responsabilidad civil no nace del delito, sino del daño ocasionado por actos y omisiones ilícitos, que además, están tipificados como delito o falta. JUAN SÁNCHEZ, R. 2004. *La Responsabilidad civil en el proceso penal*. Madrid: La Ley (página 20).

⁷³ En el mismo sentido, España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 298/2003, de 14 de marzo [consultada 22 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3134619&links=%222298%2F2003%22&optimize=20030927&publicInterface=true>

⁷⁴ DIAZ- PICAZO, L. 1999. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

obrado conforme al ordenamiento jurídico; claro está, siempre que dichas eximentes se aprecien de manera completa.

De lo hasta ahora expuesto, podría interpretarse, que absuelto por esta causa el autor de los hechos, desaparecería la obligación de reparar el daño, al haberse agotado las posibilidades de reclamar por los daños y perjuicios causados; sin embargo, como dice JUAN SÁNCHEZ⁷⁵, “(...) que una sentencia penal no contenga un pronunciamiento civil no significa que la obligación de reparar no exista, sino que concurren circunstancias que impiden tal pronunciamiento en vía procesal penal”.

En tales circunstancias, los perjudicados podrán acudir al orden jurisdiccional correspondiente, en nuestro caso el orden civil, sin que la exención de responsabilidad criminal, declarada por aplicación del número 4º del artículo 20 del Código Penal, pueda vincular, sin más, a los Tribunales de dicho orden imposibilitando una eventual indemnización posterior, al ser de aplicación lo dispuesto en el art. 116.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁶ en el sentido que “la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiera podido nacer”; tal y como ha venido declarando el Tribunal Supremo⁷⁷.

Así las cosas, ¿Qué vías civiles existen para compensar los daños y perjuicios en el presente caso?

El Código Civil⁷⁸ regula de forma separada las obligaciones civiles que nacen de delitos o faltas -hoy delitos leves- (artículo 1092), que se regirán por las disposiciones del Código Penal⁷⁹ en sus artículos 109 a 122; y las que derivan de actos u omisiones en las que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley (artículo 1093), que quedarán sometidas a lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil; del análisis de dichos preceptos podemos interpretar que nos encontramos ante un doble régimen, según el hecho ilícito civil, constituya delito o no⁸⁰.

En definitiva, dos son las vías que permiten articular la correspondiente reclamación de daños y perjuicios, de una parte la acción *ex delicto* del artículo 1092 del Código Civil, y de otra, la aquiliana o extracontractual, regulada en el artículo 1902 del mismo texto legal.

Ante este concurso de acciones, ¿Cuándo debemos acudir a una o a otra?

⁷⁵ JUAN SÁNCHEZ, R. 2004. *La Responsabilidad civil en el proceso penal*. Madrid: La Ley (página 29).

⁷⁶ España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806.[consultado 23 de marzo de 2016]. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1882-6036

⁷⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 542/1996, de 28 de junio [consultada 23 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3197559&links=&optimize=20030808&publicInterface=true>

⁷⁸ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. [Internet]. Boletín Oficial del Estado núm. 206, de 25 de julio, páginas 249 a 259 [consultado 23 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1889-4763

⁷⁹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 23 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

⁸⁰ NADAL GÓMEZ, I. 2002. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch (páginas 38 a 80).

La respuesta parece clara, si ejercitada la acción se hubiera hecho expresa reserva de la acción civil, conforme a los dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habría que distinguir, si la sentencia penal ha sido absolución o de condena.

En el primer caso solo será posible el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil⁸¹; pero cuando la sentencia penal sea condenatoria la acción que puede ejercitarse ante los tribunales civiles es la *ex delicto*⁸².

La exigencia de condena penal como requisito para la aplicación de la acción *ex delicto* por parte del Tribunal Supremo, determina -en el supuesto que nos ocupa- la imposibilidad de acudir al mencionado cauce procesal, siendo preceptivo acudir a la acción aquiliana o extracontractual, regulada en el artículo 1902 del Código Civil, para obtener resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos.

10. ¿Qué sucede si el juez dicta sentencia declarando las costas de oficio?

Según señala el artículo 239 Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸³, las resoluciones que pongan fin al proceso o a cualquiera de sus incidentes deben incluir un pronunciamiento expreso sobre el pago de las costas procesales; y, conforme a los artículos 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 124 del Código Penal⁸⁴, el contenido de las costas está integrado por el reintegro del papel sellado empleado en la causa, el pago de los derechos de Arancel y de los honorarios devengados por los Abogados y peritos, así como el de las indemnizaciones correspondientes a los testigos y de los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa, e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos perseguidos a instancia de parte.

Asimismo, según el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la resolución puede contener los siguientes pronunciamientos: (i) declarar las costas de oficio, (ii) condenar a los procesados, o (iii) al querellante particular o al actor civil, siempre que, en estos casos, aprecie temeridad o mala fe; además, dicho artículo establece, con carácter general, que no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos.

Y por último el artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 241 de la misma ley, establece que cuando se declaren de oficio las costas no habrá lugar al reintegro del papel sellado empleado en la causa, ni al pago de los derechos de Arancel.

⁸¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 318/2008, de 5 de mayo [consultada 24 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=2707101&links=responsabilidad%20civil%20ex%20delicto&optimize=20040221&publicInterface=true>

⁸² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 34/2004, de 31 de enero [consultada 24 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=2707101&links=responsabilidad%20civil%20ex%20delicto&optimize=20040221&publicInterface=true>

⁸³ España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806 [consultado 23 de marzo de 2016]. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1882-6036

⁸⁴ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058 [consultado 26 de marzo de 2016]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

Centrados ya, en la cuestión planteada, y a la vista de lo expuesto, podemos decir, que declarar de oficio las costas supone, que cada una de las partes abonará los honorarios y derechos de sus respectivos Abogados y Procuradores, así como las indemnizaciones y retribuciones de testigos y peritos que hubieren declarado a su instancia, ya que el párrafo primero del artículo 242, solo excluye “el papel sellado” y los “derechos de arancel”.

En cuanto a los derechos de arancel, esta forma retributiva es propia de los Registradores y Procuradores, entre otros, y supone que los conceptos y cantidades que deben ser abonados a estos profesionales que intervienen en el proceso penal, viene fijado por una norma dictada al efecto, en principio, tales derechos se corresponden con los descritos en el apartado 2º del artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que se habla de derechos de arancel. Pero como acertadamente indica IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO⁸⁵, incluir los honorarios de los Registradores de la Propiedad o los derechos arancelarios de los Procuradores en el apartado 2º del artículo 241, conllevaría un trato discriminatorio, ya que una vez declaradas las costas de oficio, quedaría sin retribuir su trabajo. Por este motivo es preferible imputar este conjunto de gastos originados en el proceso al último inciso del apartado 4º del artículo 241, aunque se haga referencia únicamente a los gastos producidos por la instrucción del proceso, e incluso al apartado 3º del mismo precepto relativo a honorarios de letrado y peritos, como de hecho se hace en la práctica forense.

La declaración de oficio procede, con carácter general cuando el acusado es absuelto⁸⁶, ya que la ley impide la condena a otras partes por el mero hecho del vencimiento, salvo, claro está, que el Juez aprecie temeridad o mala fe, en el querellante particular o en el actor civil, con el propósito de evitar querellas infundadas o la imputación injustificada de hechos delictivos.

En definitiva, nuestro código procesal penal, recoge un supuesto de declaración de oficio que *de facto* supone la no imposición de costas; en la práctica esta declaración equivale a la omisión de cualquier pronunciamiento. Establecido el principio de vencimiento para los responsables criminales del delito (criterio objetivo), y el de temeridad para los acusadores⁸⁷ (criterio subjetivo), sólo es posible declarar de oficio las costas cuando ninguno de los dos criterios anteriores pueda ser aplicado, es decir, cuando el acusado resulta absuelto⁸⁸.

En este sentido, resulta absolutamente paradójico⁸⁹ que, ejercitada la acción penal y tras un largo proceso, el acusado absuelto deba abonar los mencionados

⁸⁵ IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M.1969. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho (página 349).

⁸⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 421/2003, de 10 de abril [consultada 27 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3256569&links=%222421%2F2003%22&optimize=20030626&publicInterface=true>

⁸⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 9003/2009, de 7 de julio [consultada 27 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=4731336&links=%222903%2F2009%22&optimize=20091008&publicInterface=true>

⁸⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 1595/2000, de 16 de octubre [consultada 27 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3185113&links=%221595%2F2000%22&optimize=20030823&publicInterface=true>

⁸⁹ ARIZA COLMENAREJO, M.J. 1997. Las costas en el proceso penal (I). Repositorio institucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Dictamen penal sobre la posible concurrencia de causas de justificación en un caso de homicidio

gastos, que “*a priori*” se presentan como importantes; sin embargo la regulación del proceso penal, es la que es y no es éste lugar apto para elucubrar sobre la bondad de un régimen cuya modificación ya se propugnaba en algún texto pre-legislativo⁹⁰.

VI. CUESTIONES ADICIONALES

Hasta el momento, hemos tenido la oportunidad de aproximarnos al estudio de las causas de justificación, y, con especial énfasis, al de la legítima defensa fundamentalmente desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial, sin olvidar los valiosos aportes doctrinales de los que hemos hecho cita; en el presente apartado, trataremos de hacer una breve aproximación -si se me permite- jurídico-filosófica de la institución.

La legítima defensa es una institución universal, común a todas las culturas y sobre la que se han pronunciado todos los planteamientos filosófico-jurídicos del Derecho penal, desde la escuela de Salamanca hasta la doctrina más reciente. Su reconocimiento universal no implica, sin embargo, que la misma haya sido tratada de idéntica forma por todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. El tratamiento dogmático, legislativo y jurisprudencial de las instituciones jurídicas y, en particular, el de la legítima defensa, se ve condicionado por el conjunto de circunstancias coyunturales (ideológicas, políticas, etc...) que configuran un determinado momento histórico⁹¹.

Pocas instituciones, como la legítima defensa, son tan permeables a la influencia de las concepciones ético sociales culturales dominantes en cada sociedad, lo que provoca que el derecho del individuo a recurrir a la misma para defender sus intereses, se amplíe o restrinja, según el modelo de Estado imperante⁹². En este sentido, la evolución actual de la doctrina apunta hacia una restricción a la hora de apreciar su existencia, quizás por la prevalencia de la dimensión social de la legítima defensa, en coherencia con el cambio provocado por la transición del Estado liberal al Estado social, frente a la dimensión individual de ésta⁹³.

La construcción jurídica, teórica y legal de los presupuestos jurídicos de la legítima defensa, es en comparación con otros problemas jurídico-penales, relativamente clara, pero la aplicación de la misma a la realidad por los Tribunales de Justicia (en algunos casos a través de los Tribunales de Jurado) dista mucho de ser uniforme y plenamente satisfactoria. La multiplicidad de los factores (sociales, culturales, psicológicos, etc...) que suelen concurrir cuando se

Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Consulta 26/03/2016. ISBN: 978-84-693-5558-9 (ISBN de méritos).

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4525/30379_ariza_colmenarejo_maria_jesus_1.pdf?sequence=3

⁹⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Sentencia 863/2014, de 11 de diciembre [consultada 26 de marzo de 2016]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=7267297&links=%222863%2F2014%22&optimize=20150130&publicInterface=true>

⁹¹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. 2007. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada: Comares (página 1).

⁹² IGLESIAS RÍO, M.A. 1999. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Granada: Comares (página 3).

⁹³ MIR PUIG, S. 2015. *Derecho penal parte general*. 10^a edición. Barcelona: Reppertor (página 446).

plantea un problema de legítima defensa, dificultan aún más la solución el problema⁹⁴.

La legítima defensa ha suscitado en la doctrina importantes reflexiones, sobre su fundamento y alcance, en cuanto que se traduce en una suerte de autorización del Estado al individuo para reaccionar frente a lo injusto. *“Como bien dice JAKOBS, el derecho a la legítima defensa propicia, en tal comprensión, la violencia privada y por ello es dependiente en su configuración de los modelos políticos acerca de la relación entre el Estado y los ciudadanos”*⁹⁵.

Por lo que se refiere a sus fundamentos, frente a las teorías monistas que postulan un único fundamento para la legítima defensa, tales como, el instinto de conservación, el principio de autodeterminación, la falta de protección estatal, etc...⁹⁶, doctrina y jurisprudencia concuerdan con muy pocas excepciones en que la legítima defensa tiene un doble fundamento, supraindividual e individual⁹⁷.

El fundamento supraindividual de la legítima defensa se sitúa en la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico, representada por la idea de que el Derecho no puede ceder ante lo injusto⁹⁸; así pues, cuando un sujeto reacciona frente una agresión ilegítima, no sólo está defendiendo unos bienes individuales, sino también al mismo Ordenamiento jurídico.

Junto al fundamento supraindividual es necesario que concurra un fundamento individual, representado por la defensa de los bienes ilegítimamente atacados.

En el reconocimiento del derecho de legítima defensa subyace una finalidad preventiva, por lo que supone de advertencia al potencial agresor de que su acto ilegítimo puede ser legítimamente respondido por el agredido con lesión de sus bienes⁹⁹.

En efecto, la garantía jurídica de que cualquiera puede defenderse frente a una agresión antijurídica, sin incurrir en ilícito penal, contribuye a fortalecer la voluntad de los ciudadanos para repeler agresiones antijurídicas, lo que ayuda al Estado a mantener dentro de límites tolerables tales agresiones.

Ahora bien, que el sujeto que resulta agredido obtenga del Ordenamiento jurídico la legitimación necesaria para actuar en defensa de bienes jurídicos protegibles - propios o ajenos-, no significa que pueda desarrollarla sin límites y frente a cualquier situación, pues ello significaría volver al “ojo por ojo, diente por diente”. En este contexto debe ser fundamentalmente el legislador -sin olvidar la función interpretativa y exegética que realizan doctrina y jurisprudencia- quien establezca los límites dentro de los cuales puede desarrollarse la legítima defensa.

En definitiva, de lo que se trata es de delimitar el derecho del ciudadano, a recurrir a la violencia para auto-defenderse, cuando los mecanismos de

⁹⁴ REQUEJO CONDE, C. 1999. *La legítima defensa*. Valencia: Tirant Lo Blanch (Prólogo de MUÑOZ CONDE, F. página 21).

⁹⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. 2007. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada: Comares (Prólogo de MORILLAS CUEVA, L. página XIII).

⁹⁶ DIAZ PALOS, F. 1971. *La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)*. Barcelona: Bosch (páginas 21 y siguientes).

⁹⁷ España. Tribunal Supremo (Sala 2^a) [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Sentencia de 10 de septiembre de 1979, RJ 1979/4623 [consultado 7 de abril de 2016].

⁹⁸ Este aspecto presenta una de las diferencias fundamentales con respecto a la eximente de estado de necesidad y explica que permita un mayor ámbito de actuación. LACRUZ LÓPEZ, J.M. El Delito como conducta antijurídica. En: *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Dykinson, S.L. (página 429).

⁹⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. 2007. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada: Comares (página 7).

protección del Estado, no le aseguran u ofrecen, en un determinado momento, la debida protección.

“Un derecho a la legítima defensa correctamente delimitado es fundamental para la formación de ciudadanos civilizados respetuosos de las leyes. En los tiempos actuales de creciente sensación de inseguridad que en ocasiones exige la intervención de «vengadores de justicia», acciones sociales de grupo, y ciudadanos deseosos de convertirse en el «sheriff del condado» para proteger a la joven indefensa que está a punto de ser asaltada por un grupo de bandidos, es importante demarcar con precisión los límites entre lo justificado y lo ilícito, lo legal y lo ilegal”¹⁰⁰.

VII. CONCLUSIONES

Primera. Pocas instituciones han recibido mayor atención, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que la legítima defensa. La razón podemos encontrarla en sus propios fundamentos, en tanto que su ejercicio, supone una autorización por parte del Estado, para que el ciudadano reaccione frente a lo injusto; o lo que es lo mismo, porque supone una injerencia del individuo en potestades que son propias del estado, razón por la cual, su alcance se ha ampliado o restringido, según el modelo de estado imperante en cada momento. No obstante, a pesar de lo prolífica que ha sido la doctrina al tratar el tema, todavía existen zonas grises, que son objeto de estudio y debate por parte de los estudiosos de la materia; tal es el caso de los excesos defensivos, como hemos tenido la oportunidad de comprobar a lo largo de la resolución de las cuestiones planteadas.

Segunda. Con relación a los delitos cometidos, no presentó especial dificultad la calificación de la conducta constitutiva del delito de homicidio doloso; no fue así en el caso de la tentativa de homicidio, pues el supuesto planteaba el problema de delimitar si estábamos frente una forma imperfecta de ejecución de un delito de homicidio, o ante un delito de lesiones. La solución, al menos desde el punto de vista teórico, estriba en que la tentativa de homicidio supone siempre el dolo de matar, dolo este, que por definición falta en el delito de lesiones.

Desde el punto de vista penalógico, en casos especialmente problemáticos como el que nos ocupa, en los que inicialmente existe dolo de matar, pero en el transcurso del *iter criminis* “simplemente” se lesionan, proponemos como solución el concurso de leyes, que habrá de resolverse aplicando la pena más grave a partir del criterio de alternatividad, pues sancionando ambas conductas, incurriremos en *bis in idem*.

Tercera. De los hechos expuestos, al menos inicialmente, cabe deducir la concurrencia de dos posibles causas de justificación: legítima defensa y estado de necesidad. Tanto una como otra, parten de la existencia de una situación de peligro o riesgo que solo puede evitarse mediante una conducta típica.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, F. ¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. *Estudios penales y criminológicos*. Nº. 15, 1990-1991, págs. 265-288. Consultada 18/01/2016. ISSN 1137-7550 (página 288).

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2103582>

Cuarta. Pese al íntimo parentesco que existe entre legítima defensa y estado de necesidad, es necesario distinguir claramente entre ambas figuras determinando el contenido mínimo de cada eximente, de modo que una determinada situación sea reconocible como perteneciente a una u otra categoría, para evitar su desnaturalización.

En nuestra opinión, ese contenido mínimo lo constituye la agresión ilegítima, así pues, mientras que en la legítima defensa se permite reaccionar frente a una persona que agrede antijurídicamente; en el estado de necesidad, en cambio, se permite lesionar intereses de una persona que no lleva a cabo ningún ataque antijurídico.

En la medida que la agresión ilegítima, constituye el factor desencadenante de los hechos analizados, excluimos la aplicación de la eximente de estado de necesidad y centramos el análisis en la concurrencia, o no, de los requisitos esenciales para que pueda apreciarse ésta eximente.

Quinta. El análisis de los requisitos -esenciales o accidentales- de la legítima defensa, debe realizarse *ex ante*, y desde la perspectiva de un ciudadano medio -*se ha dicho que el derecho penal no está construido para héroes*¹⁰¹-; de este modo, frente a una agresión, que *ex ante* aparece como real, será legítima la defensa, aunque *ex post* se demuestre inexistente o insuficiente.

Sexta. La legítima defensa solo será plenamente apreciable cuando se cumplan todos los requisitos de la eximente, entre ellos la racionalidad entre la agresión ilegítima y la reacción defensiva; cuando dicha reacción excede de lo racional, dicho exceso -y solo el exceso- deviene antijurídico, lo que significa el incumplimiento del requisito de necesidad racional del medio empleado; ahora bien, ello no puede suponer que la antijuridicidad de la conducta del que se excede en la defensa, sea la misma, que en el caso de no concurrir la necesidad de defensa, consecuentemente la pena impuesta debe ser menor.

La solución al problema del exceso intensivo planteado, la encontramos aplicando la eximente incompleta de legítima defensa, que opera como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal.

Ahora bien, cuando la medida defensiva se proyecta sobre una amenaza futura o ya pasada (exceso extensivo), no cabe la aplicación de la eximente como incompleta, en la medida que ni siquiera puede considerarse como causa de justificación, al faltar el requisito de necesidad de la defensa.

Séptima. Como ha tenido la oportunidad de manifestar la jurisprudencia, la circunstancia agravante de alevosía ha sido de siempre uno de los conceptos jurídicos más difíciles de definir, como consecuencia de la imprecisión con que ha sido tratada en los diferentes códigos penales. En este difícil contexto debemos subrayar dos aspectos, que han sido tratados por la doctrina y que convergen en el supuesto que nos ocupa.

El primero de ellos hace referencia a su incompatibilidad con la legítima defensa, aspecto en el que coincidimos con la mayoría de la doctrina, al afirmar la manifiesta incompatibilidad intelectual entre ambas, a pesar de que el Tribunal Supremo, no sin dificultades, acepta su compatibilidad.

¹⁰¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Internet]. Roj: STS 2952/1992, de 3 de abril [consultada 30 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databaseMatch=TS&reference=3126033&links=&optimize=20031003&publicInterface=true>

El segundo, hace referencia a la posibilidad de admitir la concurrencia de lo que la doctrina ha llamado alevosía sobrevenida, que tiene lugar, cuando tras una acción inicial no alevosa, se produce *a posteriori* una segunda acción alevosa. En este caso para que se pueda apreciar la alevosía sobrevenida lo relevante será determinar si se han producido una o dos acciones, ya que si solo se produjo una acción, aunque sea prolongada en el tiempo, no podemos hablar de alevosía sobrevenida, pues la indefensión ha de darse desde el inicio del ataque.

Octava. No ha planteado especial problema la determinación del Tribunal objetiva, funcional y territorialmente competente para conocer de los hechos, salvo en lo atinente a la posible competencia del Tribunal del Jurado, para el conocimiento y fallo de las causas, donde se va a enjuiciar un delito de homicidio consumado y otro en grado de tentativa, y ello, ante la posibilidad de que el homicidio consumado atraiga la competencia del Tribunal del Jurado, de aquél que no ha alcanzado ese grado de ejecución; sin embargo el Tribunal Supremo no se ha pronunciado a favor de esta interpretación, por lo que la competencia corresponderá a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provinciales, en función del “quantum” de pena.

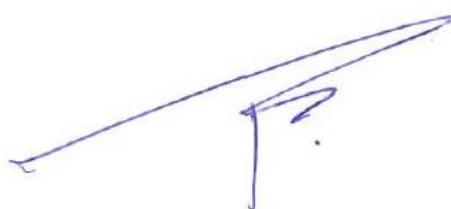
Novena. Entre las analizadas, la única causa de exención que puede excluir de la responsabilidad civil es la legítima defensa. Sin embargo, el estado de necesidad, incluso cuando concurre como causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta, no elimina la responsabilidad civil; y es que en virtud del estado de necesidad se salvan intereses legítimos de mayor importancia, concurriendo una acción típica que lesiona o pone en peligro intereses igualmente legítimos pero de menor entidad, cuyo sacrificio genera, no obstante, una obligación de resarcir por parte del beneficiado, pues de lo contrario se estaría enriqueciendo sin causa.

Décima. Declarar de oficio las costas supone, como hemos visto, que cada una de las partes abonará los honorarios y derechos de sus respectivos Abogados y Procuradores, así como las indemnizaciones y retribuciones de testigos y peritos que hubieren declarado a su instancia; es decir que ejercitada la acción penal, el acusado absuelto deberá abonar los mencionados gastos.

Este régimen, cuya modificación ya se ha propugnado en algún texto pre-legislativo, resulta sumamente lesivo para el injustamente encartado, quien además de sufrir el perjuicio de la “*diffamatio judicialis*”, también se ve obligado a asumir parte de las costas de un pleito que nunca deseó.

VIII. LUGAR FECHA Y FIRMA

En Valencia a 13 de abril de 2016.



FDO. Ignacio Pérez Zamorano

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS EIBE, M.J. 2005. La circunstancia agravante de alevosía. Estudio Legal, dogmático-penal y jurisprudencial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 7 2005. Consultada 10/03/2013. ISSN-e 1695-0194. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1068025>
- ARIZA COLMENAREJO, M.J. 1997. Las costas en el proceso penal (I). Repositorio institucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Consulta 26/03/2016. ISBN: 978-84-693-5558-9 (ISBN de méritos).
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4525/30379_ariza_colmenarejo_maria_jesus_1.pdf?sequence=3
- BOLEA BARDON, C. 2001. El exceso intensivo en la legítima defensa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 3 2001. Consultada 18/01/2016. ISSN-e1695-0194.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=211073>
- CUERDA RIEZU, A. 1990. Sobre el concurso entre causas de justificación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* Tomo 43, Fasc/Mes 2, 1990 Consultada 16/02/2016. ISSN-0210-3001.
https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=sobre%20el%20concurso%20entre%20causas%20de%20justificaci%C3%B3n&filtros.DOCUMENTAL_FACET_TEXTOS=true
- DIAZ- PICAZO, L. 1999. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- DIAZ PALOS, F. 1971. *La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)*. Barcelona: Bosch
- GIL GIL, A; LACRUZ LÓPEZ, J.M; MELENDO PARDOS, M; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. 2011. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Dykinson, S.L.
- GIMENO SENDRA, V. 2013. *Manual de Derecho procesal Penal*. Madrid: Constitución y leyes, S.A.
- GÓMEZ POMAR, F. Responsabilidad Civil *ex delicto*. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), Departament de Dret, Àrea de Dret Civil. Derecho de daños. Consultada 23/03/2016.
https://www.upf.edu/dretcivil/professorat/materials_fernando_gomez.html
- GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J. 2007. *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- HORTAL IBARRA, J.C. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil “*ex delicto*” o cómo “resolver” la cuadratura del círculo. *Indret: Revista de Análisis del Derecho*. Nº 4, 2014. Consultada 23/03/2016. ISSN-e 1698-739X.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873304>
- IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M.1969. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.
- IGLESIAS RÍO, M.A. 1999. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Granada: Comares.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. 2007. *El exceso intensivo en la legítima defensa*. Granada: Comares.
- JUAN SANCHEZ, R. 2004. *La Responsabilidad civil en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

-
- JUAN SANCHEZ, R. Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 1, 2009. Consultada 19/01/2016. ISSN-e1698-739X.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2935420>
 - LUZON PEÑA, D.M. 1992. *El error sobre causas de justificación: Algunas precisiones (Comentario a la STS 10-5-1989)*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Nº 2, páginas 135-148. Consultada 10/03/2016. ISSN 1133-1259.
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1992-2-BCA58762&dsID=PDF>
 - MARTÍNEZ GARCÍA, A.; CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.; ROMERO PÉREZ, M.M.; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.; 2014. Costas y gastos procesales. Cuando el Tribunal Supremo miró a Europa. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - MIR PUIG, S. 2015. *Derecho penal parte general*. 10ª edición. Barcelona: Reppertor.
 - MUÑOZ CONDE, F. ¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación. *Estudios penales y criminológicos*. Nº. 15, 1990-1991, págs. 265-288. Consultada 18/01/2016. ISSN 1137-7550.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2103582>
 - MUÑOZ CONDE, F. 2015 *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª edición. Valencia: Tirant lo Blanc.
 - NADAL GÓMEZ, I. 2002. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
 - QUINTO-OLLOQUIEGUI, A. La alevosía. Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del artículo 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano. *Revue électronique de l'AIDP/ Electronic Review of the APL/Revista electrónica de la AIDP*. Consultada 16/02/2016. ISSN-1993-2995, 2014, A-01:1
<http://www.penal.org/sites/default/files/files/Quinto%20Alevosia%20ReAIDP.pdf>
 - REQUEJO CONDE, C. 1999. *La legítima defensa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
 - RODRÍGUEZ RAMOS, L; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G; RODRIGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J; COLINA OQUENDO, P. 2015. Código Penal concordado y comentado. 5ª ed. Madrid: La Ley.
 - SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, J.L. La tentativa de homicidio con consumación de lesiones. *Revista penal*. Nº. 24, 2009, págs. 177-186. Consultada 16/02/2016. ISSN 1138-9168.
https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=entre%20el%20homicidio%20y%20las%20lesiones&filtros.DOCUMENTAL_FACET_TEXTOS=true