



ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

ENUNCIADO

Alrededor de la 1:00 de la madrugada del pasado 6 de octubre, se encontraba Sebastián en el interior del bar XXX terminando de cenar cuando escuchó en el exterior del local diversos gritos, así como carreras y golpes, por lo que decidió salir al exterior a ver cuál era el origen de tal revuelo. Una vez en la puerta del bar, observó cómo un grupo de unos seis individuos rodeaban a otro que por su aspecto parecía no contar con más de 15 años de edad y que se encontraba en el suelo, y al que golpeaban con patadas y puñetazos. Observando Sebastián a este último con detenimiento, pudo percibir cómo la cara le sangraba abundantemente, tanto por la ceja izquierda como por la nariz, y cómo trataba de cubrirse el rostro con los brazos a la par que suplicaba que dejaran de pegarle. Ante tal panorama, Sebastián optó por acercarse al grupo e instarles a que dejaran de golpear al menor, so pena de dar aviso inmediato a la policía. Ante tal admonición el grupo se separó del menor que quedó arrodillado en el suelo, por lo que Sebastián decidió agacharse para ayudarlo a levantar. Tras estar unos instantes dialogando con él y tranquilizándole diciéndole que él mismo le acompañaría al hospital, sintió un fuerte golpe en la parte posterior de la cabeza que le hizo caer al suelo prácticamente sin conocimiento, circunstancia que fue aprovechada por el grupo que comenzó a darle golpes y patadas mientras permanecía mareado en el suelo. Tras conseguir recuperarse unos instantes, salió corriendo buscando refugio en el interior del bar, lugar al que fue seguido por, al menos, dos de los integrantes del grupo con la intención de seguir golpeándole, por lo que Sebastián agarró un cuchillo jamonero que se encontraba en el mostrador, clavándoselo a uno de los agresores, en concreto a José Miguel, en el costado izquierdo, cuando se dirigía a él con ánimo de continuar la agresión; causándole lesiones que, de no haber sido atendidas médicamente en un tiempo prudencial, hubieran provocado la muerte del mismo. Las lesiones que sufrió Sebastián precisaron además de una primera asistencia como consecuencia de las múltiples contusiones que tenía por todo el cuerpo; tratamiento médico consistente en la colocación de una escayola en su pierna izquierda debido a la rotura del tobillo; así como la toma de analgésicos. Por su parte, el menor sufrió lesiones consistentes en herida inciso contusa en la ceja izquierda que precisó para su cura la aplicación de cinco puntos de sutura; así mismo sufrió fractura de huesos propios de la nariz, lo que precisó una posterior intervención quirúrgica para la correcta colocación del tabique nasal que había sufrido una desviación.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Delitos cometidos.
2. ¿Es posible la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la legítima defensa? ¿Sería aplicable como eximente completa o como eximente incompleta?

SOLUCIÓN

La primera cuestión planteada se refiere a las conductas delictivas que se infieren de los hechos relatados, y hay que diferenciar dos momentos distintos y, por tanto, dos acciones independientes que darán lugar a diferentes conductas delictivas.

En un primer momento Sebastián observa cómo un menor es objeto de una brutal agresión por parte de un grupo indeterminado de sujetos, en un número aproximado de seis. Como consecuencia de la agresión, de la que desconocemos sus orígenes, el menor agredido sufrió las siguientes lesiones: «herida inciso contusa en la ceja izquierda, que precisó la aplicación de cinco puntos de sutura», así como «desviación del tabique nasal, que tuvo que ser corregida mediante la realización de la oportuna intervención quirúrgica reparadora». Las lesiones causadas tienen la entidad suficiente para ser consideradas como lesiones susceptibles de ser encuadradas como delictivas, ya que ambas han necesitado además de la primera asistencia, tratamiento médico-quirúrgico, de conformidad con la descripción legal que del delito de lesiones se da en el artículo 147 del Código Penal: «siempre que la lesión requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico». En igual sentido, y sobre la base de que las condiciones para la aparición del tipo básico del delito de lesiones se muestran con diáfana claridad, surge la pregunta de si la conducta desplegada por el grupo agresor es susceptible de tener encaje en otro precepto penal.

Es obvio que hay que descartar el acudir al tipo contemplado en el artículo 154 del Código Penal, que tipifica las lesiones en riña tumultuaria, ya que el tipo lo que recoge es «el acometimiento tumultuario», circunstancia que en este caso no se produce, ya que si bien en un bando hay al menos seis integrantes, el otro bando estaría constituido por una única persona, de la que además no consta que realizara acto alguno de agresión o acometimiento contra ningún componente del otro grupo.

Sin embargo, entiendo que debemos acudir con urgencia al tipo que contempla las lesiones agravadas, esto es, el artículo 148 del Código Penal, en cuya circunstancia primera se dice «si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o la salud física o psíquica del lesionado». Por tanto, lo que habrá que determinar es si, entre ese amplio elenco de circunstancias agravatorias, podemos ver reflejada la agresión sufrida por el menor.

Una primera lectura apresurada de la agravación pudiera hacernos suponer que la misma se está refiriendo en exclusiva a la utilización de objetos, armas o instrumentos, lo cual nos llevaría a

la consideración de la utilización de armas de fuego, armas blancas, objetos contundentes, etc.; sin embargo, la agravación es mucho más rica en contenido, y los vocablos «medios, métodos o formas» le otorgan una amplitud que va más allá de una primera interpretación gramatical. En el presente caso, lo que hay que dilucidar es si la agresión por parte de un grupo de seis personas a un individuo, que no olvidemos que se trata de un menor, puede ser considerada como un medio, método o forma concretamente peligrosa para la vida o la salud física o psíquica del lesionado. La respuesta no puede ser otra que la positiva. El artículo 148 del Código Penal sanciona aquellas conductas que, en referencia a las circunstancias que en el mismo se describen, vienen a suponer un plus de antijuricidad en las conductas agresoras, debido al concreto peligro en que coloca al bien jurídico protegido «la vida y la salud de las personas», y es indudable que la agresión llevada a cabo por un grupo de seis personas contra una sola persona que además ostenta la consideración de menor (15 años), supone la utilización de un medio, método o forma que puede concretamente poner en peligro su salud física o psíquica (no olvidemos que las lesiones que sufrió eran de cierta consideración). En tal sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 2006 al señalar que «la resultancia fáctica nos dice que el perjudicado sufrió, primeramente, un fuerte puñetazo en la cara que «lo derribó». Y después, que los acusados continuaron propinando patadas al agente (que ya se encontraba en el suelo), fundamentalmente dirigidas a la cabeza.

De resultas de tales lesiones, el funcionario policial sufrió policontusiones, con tales consecuencias para la dentadura del perjudicado, que le afectaron a 18 piezas dentales.

El artículo 148 agrava las lesiones causadas, entre otros casos, si en la agresión se hubieren utilizado «métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado». El fundamento de la agravación se encuentra en el incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de tal método de agresión, que engloba una acusada brutalidad, y que pone en riesgo su misma vida o salud, pues patear a la víctima en la cabeza, origina por sí mismo un altísimo riesgo objetivo de causar lesiones de enorme gravedad incluso para la vida del agredido, lo que justifica sobradamente la aplicación del subtipo agravado cuestionado por los recurrentes».

Aunque la sentencia parece aplicar el tipo agravado del artículo 148.1 del Código Penal, por el hecho de patear a una persona en la cabeza, entiendo que en el caso que nos ocupa, la circunstancia de que seis personas den patadas y puñetazos a otra que se encuentra inerte en el suelo, cubriéndose el cuerpo con los brazos para parar los golpes, supone la creación de una situación en que el riesgo concreto por parte de la víctima de sufrir un grave perjuicio, no sólo para su salud, sino incluso para su vida, es extremadamente alto, y ello lo certifican las reglas de la experiencia.

Entiendo, por tanto, que en esta primera agresión los hechos serían constitutivos de un delito de lesiones tipificados en los artículos 147 y 148.1 del Código Penal, de la que serían responsables todos los integrantes del grupo en calidad de coautores, siendo el arco punitivo de prisión de dos a cinco años. Entiendo igualmente que la circunstancia de que la víctima fuera menor de edad (15 años), y en caso de una acusada desproporción entre la edad de éste y de los componentes del grupo agresor, sería determinante a la hora de establecer la pena dentro del margen que el legislador deja al arbitrio judicial.

La segunda conducta delictiva se refiere a la agresión inferida a Sebastián por el grupo agresor en el momento de ir a socorrer al menor. La dinámica comisiva ha quedado clara en el relato de hechos; Sebastián recibe un golpe en la cabeza por la espalda cuando se encontraba auxiliando al menor, y tras ese primer golpe que le deja aturdido, es salvajemente golpeado por la totalidad del grupo de forma reiterada, hasta que consigue introducirse en el interior del bar. Es obvio que nos encontramos ante un supuesto similar al que hemos analizado en la anterior agresión, y todo lo dicho en él es de aplicación a éste. Por tanto, los hechos tendrían encaje en los artículos 147 y 148.1 del Código Penal. Sin embargo, entiendo que existe un matiz distinto en este supuesto que en el anterior. Se nos dice que el primer golpe que recibe Sebastián (precisamente el que le deja aturdido) lo recibe estando de espaldas mientras auxiliaba al agredido, y a continuación, y sin solución de continuidad, el resto. Parece que la agravante de la alevosía fluye de manera natural por el devenir de la agresión. El artículo 22.1 del Código Penal define la alevosía como «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

El primer golpe que recibe Sebastián estando de espaldas a los agresores mientras auxilia al menor previamente agredido, y que le deja en estado de aturdimiento, es aprovechado por el grupo agresor para continuar el ataque que comenzó con ese primer golpe, y lo que es evidente, es que ese primer golpe priva al agredido de cualquier posibilidad de defensa y facilita la actividad agresora de los sujetos integrantes del grupo. Por ello entiendo que la agravante de alevosía es clara, y su apreciación y por aplicación de la norma contenida en el número 3 del artículo 66 del Código Penal, daría lugar a la aplicación de la pena en su mitad superior (de tres años seis meses y un día a cinco años). Por otro lado, no admite discusión que la circunstancia agravante se aplicara a todos los integrantes del grupo con independencia de quién fuera el autor del primer golpe, ya que existe, al menos, un acuerdo tácito entre ellos en llevar a cabo la agresión, y se benefician todos de la falta de capacidad defensiva de la víctima. Podríamos plantearnos a efectos dialécticos si no nos encontraríamos en vez de con la alevosía, con la circunstancia agravante número 2 del artículo 22, esto es, el abuso de superioridad; pero si analizamos dicha circunstancia, observaremos cómo la misma necesita como requisitos, en primer lugar, que haya una situación de superioridad, esto es, un desequilibrio de fuerzas entre la parte agresora y la agredida, derivada de cualquier circunstancia, que en este caso sería el número de agresores, y en segundo lugar que esa superioridad sea tal que produzca una ostensible y notable merma en las posibilidades defensivas de la víctima, pero sin anularlas. Como ya hemos señalado, las posibilidades defensivas de Sebastián tras el primer golpe traicionero, no es que estén disminuidas, es que se encuentran anuladas, con lo que como ya concluimos, nos encontramos ante un supuesto de ataque alevoso.

La tercera cuestión que hay que abordar es la referente a la actuación llevada a cabo por Sebastián, y que se bifurca en dos caminos que corren paralelos. Por un lado la tipificación de la agresión que realiza sobre José Miguel, y en segundo lugar si su conducta estaría amparada por la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la legítima defensa.

La conducta que realiza Sebastián supone el apuñalamiento de José Miguel con un cuchillo jamonero que encuentra en el mostrador del bar, apuñalamiento que produce en éste las lesiones ya descritas y que hubieren dado lugar a su muerte en caso de no haberse procedido a la oportuna asistencia médica.

Entiendo que los hechos son susceptibles de ser tipificados como un delito de homicidio en grado de tentativa del artículo 138 del Código Penal, en relación con el artículo 16 del mismo cuerpo legal.

La primera cuestión que podría suscitarse es la relativa a si nos encontramos ante un delito de homicidio en grado de tentativa, o por el contrario nos encontramos ante unas lesiones consumadas. Entiendo que la respuesta tiene que ser la que ya hemos adelantado, nos encontramos ante un homicidio en grado de tentativa, y ello por aplicación de los criterios que establece el Tribunal Supremo para la distinción entre ambos supuestos. Tanto el arma empleada para la agresión, un cuchillo jamonero de considerables dimensiones, como la zona a la que se dirige la agresión nos llevan a dicha conclusión. Otra cosa diferente sería si se nos hubiera dicho que en pleno forcejeo entre Sebastián y José Miguel, aquél hubiera clavado a éste el cuchillo en dicho lugar; entonces podría discutirse la búsqueda intencionada o no de dicho lugar, pero éste no es el caso; y por tanto entiendo que la correcta calificación es la de homicidio en grado de tentativa.

Sin embargo, entiendo que la cuestión que debe centrar el debate y análisis del presente supuesto práctico es el relativo a la existencia de la eximente de legítima defensa, ya sea en su modalidad de completa o incompleta. El artículo 20.4 del Código Penal recoge la eximente de la legítima defensa, señalando que estamos en presencia de la misma:

«El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquéllas o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.»

Tres, pues, son los requisitos que definen la legítima defensa:

1. La agresión ilegítima.
2. La necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
3. La falta de provocación suficiente por parte del defensor.

No existe discusión alguna de que los requisitos primero y tercero se encuentran reflejados con claridad en el relato fáctico. Existe una *agresión ilegítima* por parte del grupo del que forma parte José Miguel en el exterior del bar, así como un posterior intento de continuar la agresión por parte de éste y en compañía de otro, una vez que Sebastián se ha refugiado en el interior. Por ello no cabe

plantearse que la agresión concluyera en el exterior, sino que la misma continúa en el interior del local. Tampoco puede alegarse que existiera una previa riña mutuamente aceptada entre agresor y agredido, ya que la actuación de Sebastián en momento alguno tuvo este calificativo. Así mismo hay una evidente *falta de provocación por parte del defensor*, en este caso Sebastián, ya que éste se limitó a acudir en auxilio de un tercero que estaba siendo agredido, y su conducta en ningún momento fue provocativa. Finalmente, entiendo que también concurre un cuarto elemento que ha sido requerido por la jurisprudencia, y que no es otro que el *ánimo de defensa en el sujeto*. El mismo relato de hechos lo recoge implícitamente cuando describe que ante la persecución de que fue objeto por parte de dos de los agresores al interior del bar, cogió un cuchillo jamonero con el que causó las lesiones a uno de los atacantes en el momento de volver a ser agredido.

Por tanto, la discusión se ha de centrar en la concurrencia del segundo de los requisitos, y que dependiendo del mismo, podríamos encontrarnos ante una exigente completa, incompleta o, en algunos casos excepcionales, sin la presencia de circunstancia modificativa alguna. La primera aproximación a los hechos parece hacernos inclinarnos ante la posibilidad de una exigente incompleta, ya que *la necesidad racional del medio empleado* parece estar ausente. Parece que esa racionalidad o proporcionalidad entre el medio empleado para la agresión y el medio empleado en la defensa no es tal. No consta que en la agresión se empleara arma alguna, sino tan sólo las manos y los pies de los agresores; por el contrario, en la defensa se utiliza un cuchillo jamonero.

Llegados a este punto entiendo que conviene mencionar la diferencia que la jurisprudencia de nuestros tribunales realiza entre la falta de necesidad de la defensa y la falta de proporcionalidad entre los medios utilizados en la agresión y los medios utilizados en la defensa. En el primero de los casos se entiende que en ningún caso podemos estar en presencia de la legítima defensa, circunstancia que no ocurre en el segundo caso. Es esta última, una cuestión que necesita un análisis más detenido por su dificultad y complejidad en algunos supuestos. Entiende la jurisprudencia que esa necesidad racional del medio empleado en la defensa constituye un juicio de valor que hay que realizar, no sólo entre los instrumentos utilizados, sino entre tales instrumentos, los riesgos de la agresión, los comportamientos agresores, así como las circunstancias que concurren en el círculo del agredido. Por tanto no estamos ante un examen exclusivo de la naturaleza del medio empleado, sino también del uso que del medio se hace, así como la existencia de otras alternativas menos gravosas para ejercitar su defensa.

Observamos, pues, que vista la dinámica de los hechos parece existir un cierto y real ánimo de defensa por parte de Sebastián; así mismo, observamos una brutal agresión por parte de un grupo de al menos seis personas que golpean a Sebastián cuando se encuentra en estado de semiinconsciencia en el suelo, a causa de un primer golpe que recibe estando de espaldas y mientras auxilia a otra persona. A ello hay que añadir que la actitud de Sebastián es la huir del lugar y buscar un lugar donde refugiarse, circunstancia que no consigue al ser perseguido por dos de los agresores. Como manifiesta de forma reiterada el Tribunal Supremo, la defensa en estos casos debe situarse en un plano de adecuación que consiga que la misma se mantenga dentro de los límites imprescindibles para evitar que la defensa en principio legítima y amparada por el derecho, se convierta en una arbitraria acometida. Por ello, debemos situarnos en el plano concreto, analizando las circunstancias que rodean al caso que nos ocupa, atendiendo a módulos objetivos, analizando, por tanto, no sólo el medio empleado en la

defensa, sino las circunstancias personales, la posibilidad de auxilio por otras personas o por otros medios menos lesivos; teniendo en cuenta que dicho análisis no podemos hacerlo desde la frialdad y tranquilidad de quien se sienta en una mesa y en una silla, sino de quien se encuentra en la situación concreta y, por tanto, no se le puede exigir una seria y cabal reflexión, para poder elegir fríamente aquellas decisiones que inclinen su actuación bajo el paraguas inexcusable de la legítima defensa.

Entiendo que vista la dinámica de los hechos, no puede exigirse a quien se defiende, en este caso a Sebastián, un análisis frío y racional de con qué medios contaba para su defensa, ya que había sido objeto de una brutal agresión por parte de varios individuos, y que la misma se iba a repetir de forma inminente. En este caso, la reiteración de golpes con las manos, puños y pies, la intensidad de los mismos y el número de agresores, podría haber causado lesiones mucho más graves de las que sufrió. Por tanto, entiendo que no se puede considerar desproporcionada la defensa realizada por Sebastián y, por tanto, su conducta se encuentra amparada por la eximente completa del artículo 20.4 del Código Penal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 20.4, 138, 147 y 148.1.
- STS de 2 de junio de 2006.