



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**ELEMENTOS
CONFIGURATIVOS DE LA
LEGÍTIMA DEFENSA EN
EL DERECHO PENAL
ESPAÑOL**

Alumno: ALBERTO GARCÍA PASTOR

Junio, 2016

RESUMEN.

En el presente Trabajo de Fin de Grado el objetivo principal es analizar la causa de justificación de la legítima defensa, contemplada legalmente en el artículo 20.4 del Código Penal español. Para ello, se ha realizado un análisis y valoración doctrinal y jurisprudencial de cada uno de los elementos que la configuran.

Así, se exponen los principales problemas y peculiaridades que cada elemento configurador de la legítima defensa presenta en su aplicación práctica y las diferentes soluciones que la doctrina plantea para ellos; así como las diversas interpretaciones que de ello hace la jurisprudencia.

Finalizamos el trabajo con un apartado de conclusiones.

ABSTRACT.

In this final degree project the meaning goal is to analyze the self-defense as cause of justification, referred at the 20.4 article of the Spanish Penal Code. To get this, we have done an analysis about the doctrine and jurisprudence of each element which set up it.

We explain the meaning problems that each element that set up the self-defense presents in its practical application and the solutions which are given by doctrine and the interpretation which jurisprudence do about them.

We will finish this project with a section of conclusions.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	5
1.1. Justificación del objeto de estudio.	5
1.2. Metodología empleada.	6
2. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL MARCO DE LA ANTIJURICIDAD.	6
3. LEGÍTIMA DEFENSA. REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.	7
3.1. Regulación legal.	7
3.2. Naturaleza jurídica.	7
4. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.	9
4.1. Concepto.	9
4.2. Fundamento.	9
5. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES.	11
6. REQUISITOS OBJETIVOS.	13
6.1. La existencia real y actual de una agresión antijurídica. La necesidad genérica de la defensa.	13
6.1.1. Agresión.	13
6.1.2. Ilegitimidad de la agresión	14
6.1.2.1. Las situaciones de riña mutua y libremente aceptadas.	18
6.1.1. Actualidad o inminencia de la agresión.	20
6.1.1.1. Exceso extensivo de la defensa.	21
6.1.2. Realidad de la agresión	25
6.2. La necesidad concreta del medio empleado para impedir o repeler la agresión.	27
6.2.1. El uso de armas de fuego como medio de defensa.	29
6.2.2. La huída.	29
6.2.3. Defensa dolosa o imprudente a efectos de la necesidad concreta de la defensa.	30
6.3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.	31
7. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.	33
8. LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS.	34
9. LA LEGÍTIMA DEFENSA. JUSTIFICACIÓN COMPLETA E INCOMPLETA.	35
10. CONCLUSIONES FINALES.	37
11. BIBLIOGRAFÍA.	41

12.	JURISPRUDENCIA CITADA.	42
12.1.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo.	42
12.2.	Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia.....	44
12.3.	Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.	44
13.	LEGISLACIÓN.....	44

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Justificación del objeto de estudio.

El Derecho Penal, como sistema normativo e instrumento de carácter social, se ocupa de encauzar los comportamientos individuales de las personas en la vida social, mediante el procedimiento de castigar con penas aquellas conductas alteradoras de la normal convivencia. Es un instrumento necesario para la gestión de los conflictos sociales más graves y la protección de los bienes jurídicos esenciales para el desenvolvimiento de la vida en sociedad.

Pero además de regular la tipicidad de las conductas, igualmente se ocupa de la antijuricidad de las mismas, es decir, aquellos casos en que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar una agresión o daño y por ello se le reconoce la posibilidad de infringir la norma bajo el contexto de una situación de necesidad o defensa.

Bajo este marco nos encontramos con las causas de justificación, es decir, aquellas conductas penalmente sancionadas que realiza el autor, pero que eximen a éste de responsabilidad o permiten reducirle la misma atendiendo a las circunstancias en que dichas conductas fueron realizadas. Y es aquí donde encontramos la figura de la legítima defensa.

En este trabajo desgranaremos esta figura jurídica penal, establecida en la L.O, 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal; en su artículo 20.4, junto a la doctrina mayoritaria existente, y la línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta que mediante la regulación de esta causa de justificación se faculta a toda persona para ejercer un derecho de defensa individual para cuando no la pueda proteger el Estado, profundizaremos acerca del alcance de ese derecho o facultad, la aplicación e interpretación del mismo por los Tribunales, y los problemas que presenta su regulación legal en la actualidad.

1.2. Metodología empleada.

Para el desarrollo del presente trabajo, se ha analizado el marco legal de la legítima defensa, específicamente el artículo 20.4 del Código Penal Español, realizando un análisis y valoración siguiendo la metodología propia del Derecho Penal: estudios hechos por la doctrina mayoritaria al respecto, junto a la interpretación dada por la jurisprudencia nacional, especialmente del Tribunal Supremo.

Todo ello con objeto de analizar y profundizar en el desarrollo del derecho a la defensa individual que toda persona tiene al enfrentarse a un ataque o agresión ilegítima sobre sus bienes jurídicos defendibles.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL MARCO DE LA ANTIJURICIDAD.

La antijuricidad supone que un determinado comportamiento es contrario a Derecho. Una conducta típica será antijurídica cuando no concurra ninguna norma permisiva que autorice la realización del tipo determinado.

Este concepto ha sido desgranado por la doctrina en antijuricidad formal y material. La antijuricidad formal consiste en la violación de la norma derivada de un comportamiento atribuible a un determinado sujeto.

Sin embargo, el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico. Con la antijuricidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuricidad material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación. En tal sentido, Liszt denominó antijuricidad formal a la ausencia de causas de justificación, distinguiendo de ella el concepto de antijuricidad material, que consistiría en esa razón material que haría que la conducta se considerara contraria al Derecho Penal.¹

Visto lo cual, podemos afirmar que si no concurre la legítima defensa o cualquiera de las otras dos causas de justificación en la conducta típica, ésta será además antijurídica, contraria a Derecho.

¹ Landecho Velasco C. (2000) *Derecho Penal Español. Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, p.233

3. LEGÍTIMA DEFENSA. REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.

3.1. Regulación legal.

Artículo 20.4 CP: estará exento de responsabilidad criminal “el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

1º. Agresión ilegítima.

2º. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

3º. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.²

3.2. Naturaleza jurídica.

La naturaleza de la legítima defensa es de causa de justificación, dado que convierte en lícito el hecho típico realizado, determinando la exclusión de la antijuricidad.

Las causas de justificación son aquellas circunstancias que el Derecho tiene en cuenta a la hora de juzgar una determinada conducta típica, de forma que si alguna de éstas concurre en el comportamiento del autor, se excluye (o se atenúa) la responsabilidad penal de éste. El ordenamiento jurídico español recoge tres tipos de causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.³

Las diferentes variantes de las causas de justificación nos permiten recordar que, a diferencia de lo que acontece con las causas de inculpabilidad, las de justificación no solo impiden que se imponga una pena al autor de un comportamiento típico, sino que convierten ese hecho en lícito en virtud de la norma permisiva en la cual guardan su fundamento.⁴ En palabras de Luzón Peña, “ha de comprobarse que la conducta que

² Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

³ Véase art.20 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

⁴ MUÑOZ CONDE, F. (1989) *Teoría General del Delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 91

realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no está cubierta por ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica”.⁵

La legítima defensa se engloba dentro de las causas de justificación que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Así, como causa de justificación, justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. La legítima defensa es una causa de justificación en que se produce, pues, “la suplantación, por razón de urgencia e inaplazabilidad del propio Estado en el mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico”, tal y como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta fundamentación de la suplantación del propio Estado debido a la imposibilidad de éste para hacer frente mediante actuaciones protectoras a todas las agresiones antijurídicas que se producen a diario, ha sido seguida por la doctrina históricamente.

Así, un sector doctrinal opina que lo que fuerza a admitir la defensa es el instinto de conservación, que se rebelaría contra la ley si se prohibiera la defensa al individuo desamparado por el Estado.⁶ Otra tendencia estima que la razón estriba en que los bienes jurídicos han de ser protegidos y preservados, lo que pesa más que el rechazo a admitir la violencia del particular.⁷

Sin embargo, esta concesión de derechos otorgados al injustamente agredido puede ser interpretada de forma excesiva⁸ por lo que resulta necesario limitarlo a casos o situaciones verdaderamente excepcionales así como a determinados bienes jurídicos (no es aplicable a todos).

Muñoz Conde establece con respecto a mencionada limitación: “No hay, pues, un principio de prevalencia del Derecho a toda costa frente a la injusta agresión y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios

⁵ LUZÓN PEÑA, D. (2002), *Curso de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitas, S.A. p.323

⁶ Así, Pacheco, *El Código Penal I*, 1881, p.150: “La Ley no puede mandar al hombre que no se defienda, cuando ella no le puede defender...Porque la Ley tiene que respetar la naturaleza humana...: y nuestra naturaleza nos ha inspirado el sentimiento de la propia conservación”.

⁷ LUZÓN PEÑA, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pp.34 y 35.

⁸ Es en esos casos en los que surge el denominado exceso de la legítima defensa, que más adelante se estudia. En este sentido ver STS 614/2004 de 12 de mayo; en relación a la necesidad de limitar la reacción de defensa, en este caso excesiva por irracionalidad del medio empleado (segundo requisito para la concurrencia de la eximente completa).

informadores de las causas de justificación, como el de la proporcionalidad, ponderación de intereses, etc.”.⁹

En definitiva, no puede ser entendida la legítima defensa como una concesión total y absoluta del derecho de lesionar bienes jurídicos ajenos con el pretexto de defender los propios. Como hemos señalado, esta concesión está limitada. De manera que solo se entenderá justificada la realización de la conducta típica de defensa cuando se cumplan una serie de requisitos, tal y como establece el artículo 20.4º CP; los cuales pasaremos a analizar más adelante.

Hasta la reforma de 1983, el CP recogía tres variantes de legítima defensa, la propia, la de parientes y la de extraños, con requisitos no exactamente coincidentes. La mencionada reforma unificó estas tres variantes y les otorgó idénticos requisitos, manteniéndose esta regulación casi inalterada en el CP 1995.¹⁰

4. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

4.1. Concepto.

El concepto de legítima defensa se desprende fundamentalmente de su propia regulación legal establecida en el artículo 20.4 CP. En base a la misma, podemos definir esta figura jurídica como aquella conducta típica que realiza un sujeto en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, ante una agresión externa ilegítima. Es decir, se trata de una conducta típica pero adecuada a Derecho atendiendo a las circunstancias en que se ha cometido.

4.2. Fundamento.

La legítima defensa ha sido y es un acto de tan evidente naturaleza que se desliza sin dificultades a través de todos los tiempos, y nadie duda hoy que la defensa de todo derecho, sometida a las condiciones de agresión ilegítima, actual o inminente, y de necesidad y proporción en la defensa, sea una causa justificante; aunque en los días en

⁹ MUÑOZ CONDE F.; GARCÍA ARÁN M. (2002), *Derecho Penal. Parte General*; Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 326.

¹⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013), *Derecho Penal, Parte General. Introducción Jurídica del delito*, Coord. Romeo Casabona C., Sola Reche E, Boldova Pasamar M; Granada, Editorial Comares, p.209.

que nació la filosofía jurídica hubo debate largo e interesante sobre si era un caso de impunidad o un acto conforme a derecho.¹¹

La doctrina mayoritaria mantiene que la legítima defensa responde a una doble fundamentación jurídica¹².

Desde una perspectiva individual, se entiende como la facultad para defender aquellos bienes jurídicos individuales amenazados por la agresión ilegítima. Se trata de fundar la licitud en la necesidad en que el individuo se ve de defender, o de que sean defendidos, su vida o sus otros bienes jurídicos. Sólo se permite la legítima defensa respecto de bienes jurídicos individuales, excluyendo la de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. En palabras de Luzón Peña, “se acentúa que con la defensa se protege un derecho (bien jurídico) individual y, como los bienes jurídicos deben ser protegidos, el fundamento es la necesidad de defensa del bien jurídicamente protegido.”¹³

Por otro lado, desde una perspectiva supraindividual, se presenta como una necesidad de defensa del orden jurídico¹⁴ y del Derecho en general, conculcados por la agresión ilegítima. Se trata del prevalecimiento del Derecho sobre comportamientos ilícitos. No puede esgrimirse de forma absoluta, sino que debe ser matizado por la concurrencia de otros criterios (proporcionalidad, ponderación de intereses, etc.).¹⁵ En este sentido, Pomares Cintas establece: “el carácter supraindividual de la legítima defensa se traduce en la afirmación o prevalencia del Derecho frente al agresor injusto. A través del mismo, la legítima defensa desarrolla una función preventivo-general, pues advierte al potencial agresor que el agredido puede reaccionar de modo enérgico frente a él”¹⁶.

La tesis del doble fundamento es la que explica de un modo más convincente la estructura, contenido y límites de la eximente de la legítima defensa, pues el fundamento individual por sí solo no tiene en cuenta que el peligro para el bien jurídico

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L (2005); *La teoría jurídica del delito*, Madrid, Editorial Dykinson, p.138.

¹² Así, Pomares Cintas, E.; Luzón Peña; Iglesias Ríos; Muñoz Conde F., García Arán M. o Vizqueta Fernández J.

¹³ LUZÓN PEÑA, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, p.45.

¹⁴ La STS de 13 de marzo de 2000 recuerda que el Ordenamiento no tiene que tolerar agresiones ilegítimas.

¹⁵ MARTÍNEZ GONZÁLEZ M., NÚÑEZ CASTAÑO, E (2010), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Coord. Gómez Rivero M.; Madrid, Editorial Tecnos, p. 238.

¹⁶ Pomares Cintas, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 556.

personal procede de una agresión ilegítima y no explicaría la diferencia de la legítima defensa con el estado de necesidad, mientras que la defensa de un único fundamento supraindividual no tiene en cuenta que en la legítima defensa solo se tutelan bienes jurídicos personales.¹⁷

5. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES.

No todos los bienes jurídicos son susceptibles de tutela por la legítima defensa, esto es, mediante la comisión de una conducta típica; sino solo aquellos bienes jurídicos denominados defendibles.

Los bienes jurídicos defendibles son los personales exclusivamente, es decir, aquellos cuyo portador es una persona física o jurídica, como, por ejemplo, la vida, integridad y salud personales, libertad sexual, honor¹⁸, intimidad, patrimonio, etc. Son, en definitiva, aquellos relativos a la “autodeterminación personal”¹⁹. No obstante la doctrina se plantea admitir la legítima defensa del Estado con relación a aquellos derechos que éste ostenta que tengan el mismo carácter de los de otras personas jurídicas como, por ejemplo, el patrimonio económico del Estado.²⁰

Se excluye, por tanto, la defensa de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, es decir, aquellos cuyo titular es la sociedad o el Estado, como por ejemplo el orden público. Esta afirmación se deriva de la propia redacción del artículo 20.4 CP el cual dice: <<en defensa de la persona o derechos propios o ajenos>>.

No obstante, podrán invocarse otras eximentes ante las agresiones ilegítimas a bienes jurídicos supraindividuales, como el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho o cargo.

¹⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar. Granada, Editorial Comares S.L. p. 204

¹⁸ La defensa del honor ha sido admitida por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 1 de mayo de 1958. Si bien con respecto a las ofensas verbales (injurias y calumnias), niega actualmente la posibilidad de defenderse mediante la realización de una conducta típica (prohibición de legítima defensa).

¹⁹ LUZÓN PEÑA, D. (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pp. 345 y ss.

²⁰ MIR PUIG, S. (2016); *Derecho Penal, Parte General*; Barcelona; Editorial Reppertor; pp. 452 y 453.

Si bien es indudable que los bienes jurídicos defendibles son los personales, se discute en la doctrina si pueden ser todos o si hay alguna limitación.

Así, la doctrina mayoritaria afirma que todos los bienes jurídicos personales tienen el carácter de defendibles frente a cualquier agresión antijurídica, aunque éstas tan solo impliquen un injusto extrapenal (no tipificado).

De otro lado, un sector doctrinal opina que no basta con que la agresión sea antijurídica, sino que además ha de ser típica (penalmente antijurídica) y que por tanto sólo los bienes protegidos jurídico-penalmente son defendibles.

Al respecto, la jurisprudencia española dominante opta por considerar defendibles solo los bienes jurídico-penalmente protegidos, e incluso limita tal concepto a aquellos irreparables o los susceptibles de un acometimiento físico y personal.²¹ En tal sentido, Quintero Olivares establece que los bienes han de ser susceptibles de defensa mediante una reacción inmediata o incluso violenta, y que al que se defiende no le quede alguna otra alternativa. La restricción del concepto de bienes defendibles deriva para Quintero, por tanto, de la posibilidad de que éstos sean atacados y necesariamente defendidos por su titular.²²

Por último, merece especial atención la defensa a las agresiones a bienes patrimoniales y a la morada puesto que el artículo 20.4 CP exige que tal agresión constituya delito²³, lo que implica que se excluyan por tanto las agresiones penalmente atípicas; y que además ponga a los bienes <<en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes>>.

Por tanto, frente a todas las agresiones hacia los bienes materiales que no cumplan los requisitos citados, sólo cabrá actuar conforme al estado de necesidad. Por ejemplo, en la agresión a la morada se excluiría del concepto de agresión ilegítima la permanencia indebida (o allanamiento de morada pasivo), por lo que frente al mismo solo cabría la actuación en estado de necesidad.

²¹ LUZÓN PEÑA, D. (1996); *Curso de Derecho Penal, Parte General I*; Madrid, Editorial Universitas, pp.594 y ss.

²² QUINTERO OLIVARES, G. (2010); *Parte General del Derecho Penal*; Pamplona, Editorial Aranzadi, p.537.

²³ Antes de la modificación del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo se exigía que la agresión constituyese delito o falta. Al eliminarse la figura de la falta con esta modificación, el tenor literal del artículo 20.4 también se modificó, exigiendo en la actualidad que la agresión constituya delito.

6. REQUISITOS OBJETIVOS.

6.1. La existencia real y actual de una agresión antijurídica. La necesidad genérica de la defensa.

La existencia real y actual de una agresión antijurídica es requisito nuclear o “esencial” de la legítima defensa, es decir, su ausencia impedirá la concurrencia de la justificación completa o incompleta. Con él puede darse la justificación incompleta aunque falte alguno de los otros; sin él, no.²⁴

La agresión externa ha de ser, tal y como establece el CP, ilegítima, actual, y real; y además ha de darse la necesidad genérica de la defensa. Por tanto, sólo si concurren los elementos citados como presupuesto material de la legítima defensa, podremos continuar viendo y analizando la concurrencia de los demás requisitos de esta causa de justificación. Veamos cada elemento de forma pormenorizada:

6.1.1. Agresión.

Del latín, *agressio*, es definido por la RAE como “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”.

La *agresión*, en sentido jurídico-penal, se puede definir como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, entendiendo por acción una manifestación y exteriorización de la voluntad, es decir, como equivalente a conducta o comportamiento, con lo que en principio no quedaría excluida la omisión.²⁵ Ernst Mayer establece “*pertenece a la esencia de la agresión la voluntad de no limitarse a la mera afirmación de una situación, sino de producir su cambio*”.²⁶

²⁴ MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2002), *Derecho Penal. Parte General*; Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 327.

²⁵ LUZÓN PEÑA, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pp.140 y 141. Luzón Peña enfatiza el hecho de definir la acción como acción de puesta en peligro, puesto que, si bien la agresión puede no solo amenazar sino haber comenzado ya; sólo cabe considerar que tal lesión sigue siendo agresión en tanto no esté concluida, esto es, en tanto siga implicando ulterior riesgo o peligro para el bien jurídico, pues de lo contrario habrá cesado la situación de defensa.

²⁶ ERNST MAYER, M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, p. 344.

Consiste la agresión, por lo tanto, en un comportamiento humano²⁷ que pone en peligro o lesiona un legítimo interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico. Esta agresión reviste un carácter de lesividad para el sujeto que la sufre, siendo ésta un mal que el sujeto pasivo del delito padece por parte de quien proyecta el mismo.

Puede ocurrir que la conducta ponga en peligro actual algún bien pero no lo haya lesionado aún, o amenazar continuar lesionando un bien ya lesionado inicialmente, es decir, suponiendo un peligro de lesión posterior. Es por ello que se habla de forma simplificada acción de puesta en peligro de los bienes jurídicos. Es por ello que los supuestos de tentativa inidónea no constituyen agresión; y tampoco aquellos de ataque aparentemente idóneo en los que el atacado esté protegido y, por consiguiente, fuera de peligro.²⁸

6.1.2. Ilegitimidad de la agresión.

La agresión ha de ser ilegítima, lo que significa que ha de ser ilícita, antijurídica, contraria a Derecho. La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo establece que “se entiende por agresión ilegítima la creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos protegidos, legalmente defendibles”.²⁹

Se trata de un elemento esencial de la legítima defensa, por lo que la no existencia de una agresión ilegítima frente a la cual llevar a cabo una reacción defensiva excluye la aplicación de la causa de justificación de la legítima defensa tanto como eximente completa como incompleta.³⁰

²⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar. Granada, Editorial Comares S.L. p. 204. Se exige que sea un comportamiento humano penalmente relevante. Por tanto, frente a los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto o el comportamiento de un sonámbulo, por citar algunos ejemplos, que pongan en peligro bienes jurídicos personales, no cabrá invocar la legítima defensa, aunque sí el estado de necesidad cuando se den sus requisitos (Luzón Peña PG). Tampoco constituye agresión en sentido jurídico penal el ataque de un animal, salvo que sea azuzado por una persona, pues en este caso pasa a ser un mero instrumento utilizado por el azuzador en su agresión (Cereza Mir PG II, Díez Ripollés PG).

²⁸ LUZÓN PEÑA, D. (1996); *Curso de Derecho Penal, Parte General I*; Madrid, Editorial Universitas, p.590.

²⁹ Véase STS de 27 de mayo de 2015, EDJ 2015/105517.

³⁰ En este sentido, SSTS 1026/2007, de 10 de diciembre; 27 de mayo de 2015 (EDJ 2015/105517), la cual establece: “como falta ilegitimidad de la agresión, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena”.

La ilicitud de la agresión puede proceder de cualquier sector del ordenamiento jurídico³¹ (civil, administrativo, etc.). Sin embargo, existen argumentos que, sin duda, estiman como de carácter exclusivo la exigencia de una antijuricidad estrictamente penal. En la medida en que el ejercicio de la legítima defensa supone una quiebra del monopolio estatal del uso de la fuerza y otorga, además, amplias facultades de intervención sobre los bienes jurídicos del agresor, estas consideraciones bien merecen el esfuerzo por garantizar el carácter de excepcionalidad³² que la define.

Este objetivo se consigue restringiendo la facultad de defensa privada sólo frente a las agresiones ilegítimas más importantes, de mayor gravedad, que serán las que pongan en peligro de lesión bienes jurídicos individuales que gozan de la protección del Derecho Penal: las agresiones penalmente antijurídicas.³³

El comportamiento agresivo por más peligroso o lesivo que resulte para los bienes jurídicos, no fundamenta la legítima defensa si no es a su vez antijurídico, es decir, si no es contrario a Derecho. Por esta razón, no cabe legítima defensa frente a acciones cometidas al amparo de una causa de justificación, ya que al no ser desaprobadas por el Derecho no son antijurídicas. En tal sentido, aparece la famosa frase: “no habrá legítima defensa contra legítima defensa”, estado de necesidad justificante, etc. La agresión ha de ser, pues, antijurídica, pero no es necesario que sea culpable.

Otra consecuencia de este carácter de ilegitimidad de la agresión es que, al no ser necesario que el autor sea culpable, como hemos referido anteriormente, es posible

³¹ Esta opinión, compartida por la doctrina mayoritaria, tiene a su favor que una tal restricción no es exigida por el CP (salvo en las agresiones ilegítimas a bienes patrimoniales) y sería contraria al fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa. Con todo, la mayor parte de las agresiones frente a las que se opone una defensa legítima enjuiciadas por los tribunales de justicia son constitutivas de una infracción no penal (ilícitos civiles, administrativos, etc.), son meramente testimoniales. La agresión debe infringir normas jurídicas generales y no meros actos jurídicos de naturaleza privada, en tal sentido no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el ordenamiento jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor que no paga, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y aleando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso. Ambos deben recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos.

³² Pomares Cintas, E. (2004) *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 558: establece que, en tanto defensa particular de bienes jurídicos, la legítima defensa es un instrumento que posee un carácter excepcional porque suplanta la función que corresponde a los órganos estatales en la defensa del ordenamiento jurídico.

³³ Luzón Peña, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pp.160, 518 y ss.

defenderse legítimamente frente a la agresión ilegítima de un inimputable (enajenado, ebrio, intoxicado) o de una persona que actúa bajo una causa de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, error de prohibición invencible).³⁴ En definitiva, es posible admitir la legítima defensa para repeler agresiones antijurídicas de sujetos no responsables.

Asimismo, tampoco la Ley exige que la agresión sea punible, es decir, que la conducta tenga posibilidad de serle aplicada una determinada pena; razón por la cual la causa personal que pueda excluir la pena del agresor no afecta de ningún modo al derecho a la legítima defensa.

Cabe plantearse además si cabe la legítima defensa frente a agresiones imprudentes; y aquellas procedentes de omisiones antijurídicas.

Con respecto a la primera cuestión, existe una división en la doctrina entre los que entienden que sí cabe legítima defensa en una agresión imprudente y los que no. Habría que examinar, por tanto, si para que haya agresión basta una acción que ponga en peligro bienes jurídicos (individuales) o si, por el contrario, el concepto de agresión requiere una voluntad de lesionar los bienes jurídicos, una voluntad de agredir (dolo). La doctrina que apoya la primera idea, argumenta que la Ley sólo exige que la agresión sea antijurídica, por lo tanto no es preciso que se actúe con conciencia del peligro y voluntad de lesionar, es decir, no es preciso que haya una agresión dolosa porque el concepto de antijuricidad es objetivo y habrá que estimar por tanto agresión antijurídica cuando además concorra imprudencia. La agresión imprudente será, por tanto, agresión antijurídica. Esta posición es minoritaria en España, son pocos los autores que admiten el concepto de agresión ilegítima por imprudencia.

La posición contraria argumenta que el propio concepto de agresión requiere una conducta tendente a lesionar bienes jurídicos ajenos, es decir, una conducta dolosa. Estiman que la gran amplitud concedida a la defensa solo puede ser explicada bajo el prisma de que en la legítima defensa sólo la agresión dolosa puede tener el valor de antijurídica.³⁵

³⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Romeo Casabona, C, Sola Reche, E; Boldova Pasamar, M. Granada, Editorial Comares S.L. p. 212.

³⁵ Esta distinción en la doctrina la señala Luzón Peña (Aspectos esenciales... pp. 173 y ss.)

Esta postura no explica por tanto con claridad cómo un resultado lesivo que no ha sido querido y ha podido ser evitado puede quedar amparado por la legítima defensa. Podemos decir pues que se acepta por la mera existencia de una actuación dolosa inicialmente ejecutada que se considera justificada.³⁶

Es esta última la posición actualmente aceptada en nuestro ordenamiento jurídico de tal forma que podemos concluir al respecto que tanto acción como omisión han de estar dirigidas a la efectiva realización de la conducta típica, el ataque al bien jurídico en cuestión ha de ser doloso, intencional.

Por lo tanto, podemos concluir que no es posible la concurrencia de la causa de justificación de la legítima defensa frente a un comportamiento imprudente, o lo que es lo mismo, solo cabe la legítima defensa frente a agresiones antijurídicas dolosas.

Frente a la conducta imprudente peligrosa cabrá defenderse dentro de los límites de la causa de justificación del estado de necesidad justificante, entendiendo esa conducta imprudente como un estado de necesidad sólo evitable mediante la realización de una conducta típica. Pero, en ningún caso, asimilando tal conducta a la figura de la agresión ilegítima.³⁷

Por otra parte, en relación con la segunda cuestión concerniente a si cabe la legítima defensa en una agresión por omisión, la doctrina mayoritaria establece que la agresión debe entenderse no solo como una conducta que implique violencia o fuerza, sino cualquier comportamiento tendente a amenazar un interés jurídicamente protegido. Entendiendo el concepto de agresión desde una perspectiva social, no natural, quedan incluidos dentro de agresión tanto la acción como la omisión³⁸. Pero para que la omisión pueda constituir agresión, es decir, para que contra ella quepa legítima defensa, deberá ser además delictiva; ya que para que cualquier agresión pueda considerarse “ilegítima”

³⁶ Pomares Cintas E. (2004); *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, Granada, Editorial Comares, pp.202 y 203.

³⁷ Luzón Peña, D. (1996); *Curso de Derecho Penal, Parte General I*; Madrid, Editorial Universitas, p.590.

³⁸ Dentro de la omisión entra tanto la propia como la impropia, de modo que debe catalogarse también como agresión a los efectos de la legítima defensa la conducta del garante que no interrumpe el curso de riesgo que está emplazado a controlar. Por ejemplo si una madre no da de comer a su hijo por un tiempo prolongado obrará en legítima defensa quien la obligue a alimentarlo mediante violencia o grave amenaza. Asimismo, si se contrata a un guía de montaña, y éste trata de irse del lugar, dejando librados a los alpinistas a su suerte, con serio peligro para sus vidas, éstos podrán actuar para evitar el alejamiento, con lo cual, como mínimo, la conducta de quienes se defienden será de privación de libertad.

en el sistema de nuestro CP es preciso que constituya delito, esto es, que se dirija contra bienes jurídicamente protegidos personales.³⁹

Por último, en relación con la morada o sus dependencias, el CP establece que solo se reputa agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Por lo tanto, hemos de excluir de dicha definición la permanencia en morada ajena en contra de la voluntad del dueño o morador⁴⁰, frente a la cual no cabe actuar en legítima defensa, pero sí podrá ser invocada la causa de justificación del estado de necesidad.

6.1.2.1. Las situaciones de riña mutua y libremente aceptadas.

Se trata de situaciones en las que las partes deciden resolver un determinado enfrentamiento mediante una agresión recíproca, es decir, ambas partes se convierten a su vez en agresor y agredido al aceptar la situación de lucha.

Estas situaciones de riña mutua y libremente aceptada no dan lugar a legítima defensa, tal y como sostienen la jurisprudencia⁴¹ y doctrina mayoritarias. El Tribunal Supremo fundamenta esta afirmación en la inexistencia de agresión ilegítima o en la falta de voluntad de defensa de los participantes en la riña (ausencia de “animus defendendi”), puesto que ambas partes tienen una intención justamente contraria, la de atacar.

Así, la Sala Segunda considera que “la riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa, porque en ese escenario de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena, ya que -

³⁹ LUZÓN PEÑA, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, p. 160.

⁴⁰ Un ejemplo sería el caso de la persona que entra en morada ajena con el consentimiento del dueño y que, tras echarle éste de su casa, se niega a abandonarla.

⁴¹ Véase SSTs de 8 de mayo de 2010 (EDJ 2010/169634), 11 de junio de 2015 (EDJ 2015/111142) ó SAP Las Palmas de 20 de enero de 2011 (EDJ 2011/134776).

como se dice- la base de la misma es la existencia de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada"⁴².

Luzón Peña, sin embargo, establece que lo hay que distinguir en los casos de riña mutua y libremente aceptada es:

- Aquellos casos en que no existe el carácter defensivo en la actuación cuando se trate de agresiones recíprocas, simultáneas y no condicionadas por el ataque contrario. En estas situaciones no cabrá legítima defensa ni completa ni incompleta.
- Cuando una de las partes contendientes mantenga una actitud puramente defensiva, es decir, dentro de la riña hay una agresión individualizada.

En estos casos sí existe una agresión ilegítima y una defensa ante ella, así como la necesidad concreta de la defensa (en caso de que ésta sea racionalmente necesaria). El requisito que faltaría sería la falta de provocación suficiente por haber retado o aceptado el reto; lo que implicaría la ilegitimidad para actuar en defensa de sus bienes jurídicos. Pero, al ser la falta de provocación suficiente un requisito secundario o inesencial, podrá subsistir la eximente incompleta.⁴³

Por último, cabrá también legítima defensa en aquellos casos en que una de las partes participantes en la riña supere los medios agresivos inicialmente utilizados. Esto es debido a que, si bien la aceptación de la riña en sí ya puede ser considerada como una provocación, ésta será suficiente en tanto se mantenga “dentro de los límites tácita o expresamente fijados a la misma”.⁴⁴ La provocación que implica la aceptación de la riña inicial no podrá ser considerada como suficiente en estos casos dada la desproporción de la respuesta agresora.

Estaríamos ante los casos, por ejemplo, en los que un contendiente dentro de la reyerta puramente física saca de su bolsillo una navaja o un arma de fuego. El agredido podrá pues actuar en legítima defensa ante esta agresión siempre que lo haga con voluntad de defenderse y la defensa y el medio empleado sean necesarios.

⁴² SSTs de 4 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2078), 17 de marzo de 2004 (EDJ 2004/31386) ó 26 de enero de 2005 (EDJ 2005/11841).

⁴³ LUZÓN PEÑA, D. (1996); *Curso de Derecho Penal, Parte General I*; Madrid, Editorial Universitas, pp.593 y 594.

⁴⁴ CERESO MIR, J. (2006); *Obras completas I. Derecho Penal. Parte General*; Lima, Ara Editores; p. 656.

6.1.1. Actualidad o inminencia de la agresión.

La actualidad de la agresión ilegítima implica que ésta esté por suceder prontamente (inminencia de la agresión), o que ésta esté sucediendo efectivamente (actualidad de la agresión).⁴⁵

Es este requisito de la actualidad el que determina el momento en que podrá ser llevada a cabo la reacción defensiva por parte del sujeto atacado. En otras palabras, sólo será posible ejercer la defensa en tanto la agresión sea actual.

Resulta necesario a la hora de comprender este requisito objetivo analizar por separado el concepto de inminencia de la agresión y el concepto de actualidad de la misma, puesto que no solo contempla este requisito aquellos supuestos en que la agresión está teniendo lugar efectivamente, sino que también contempla aquellos supuestos en que deba esperarse la realización inmediata de la amenaza. En palabras de Mayer, “la actualidad viene referida al peligro de una lesión que esté por suceder prontamente”.⁴⁶

Con la inminencia de la agresión nos referimos a aquellas situaciones en que se dan los actos preparatorios inmediatamente anteriores a la fase de tentativa de la conducta típica, es decir, se dan una serie de indicios racionales y perceptibles que indican que es precisa una reacción defensiva adecuada para repeler un ataque que se va a producir inminentemente puesto que las circunstancias permiten el desencadenamiento de la misma. El sujeto víctima del ataque se anticipa al ataque antes de que éste se produzca, pues de no haber llevado a cabo su conducta de defensa, sus bienes jurídicos hubiesen sido lesionados. Así, habrá necesidad de reaccionar en legítima defensa frente a aquel sujeto que dirige rápidamente su mano al bolsillo para asir una navaja con la que lesionar a una persona (aunque todavía no exista en esencia una tentativa).⁴⁷

De tal forma el ordenamiento jurídico no solo permite reaccionar defensivamente ante un acto de ataque que efectivamente se está dando, sino también ante un ataque, riesgo o amenaza que tendrá lugar en un tiempo próximo o inmediato.

⁴⁵ Ver STS 1026/2007 de 10 de diciembre.

⁴⁶ ERNST MAYER, M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, p. 345.

⁴⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Romeo Casabona, C, Sola Reche, E; Boldova Pasamar, M.; Granada, Editorial Comares S.L. p. 213.

Particularmente controvertido es este requisito de la inminencia del ataque puesto que sólo es apreciado por los Tribunales en aquellos casos en que la agresión entraña una proximidad inmediata de lesión del bien jurídico en peligro.⁴⁸ Los Tribunales llevan a cabo, pues, una interpretación restrictiva de tal concepto de inminencia. El Tribunal Supremo indica en tal sentido: <<la creación del riesgo creado (agresión ilegítima) viene asociada por regla general a un “acto físico de fuerza o acometimiento material ofensivo”, pero también existiría agresión ilegítima en iguales casos en que se perciba “una actitud de inminente ataque o del que resulte un evidente propósito agresivo inmediato”, como pueden ser las actitudes amenazadoras y las circunstancias del hecho sean tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de tal suerte que la agresión ilegítima no siempre y necesariamente se identifica con un acto físico, sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza siempre que sean inminentes>>.⁴⁹

Con respecto al concepto de actualidad de la agresión, éste se refiere a una unidad de acto entre la agresión de ataque y la reacción de defensa, esto es, la agresión ilegítima está teniendo efectivamente lugar y se crea una necesidad de defensa por parte del sujeto atacado, que emplea una reacción agresiva con el ánimo de repeler o contrarrestar dicho ataque.

El efecto que produce la actualidad de la agresión (inminente o actual) es la necesidad genérica de la defensa, es decir, la concurrencia de una agresión actual desencadena la necesidad de reaccionar frente a ella para salvaguardar el bien jurídico amenazado.

6.1.1.1. Exceso extensivo de la defensa

Visto el requisito de la actualidad de la agresión (entendiendo también por actual el peligro de una lesión que esté por suceder prontamente)⁵⁰, concierne ahora analizar qué sucede cuando no se da este requisito, es decir, cuando la agresión no es actual y aún así se lleva a cabo una reacción agresiva no necesaria de defensa.

⁴⁸ De no darse esta proximidad inmediata estaríamos ante un exceso extensivo de la legítima defensa lo que impediría la concurrencia de la eximente tanto completa como parcial. Véase exceso extensivo (página)

⁴⁹ Véase STS de 27 de mayo de 2015, EDJ 2015/105517.

⁵⁰ Ernst Mayer M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, p. 345. Mayer establece que la inminencia se debe considerar ya como una agresión actual, desde que deba esperarse la realización inmediata de la amenaza).

Estaríamos ante la figura del exceso extensivo de la legítima defensa, el cual abarca las dos siguientes posibilidades:

- Exceso extensivo anterior: la reacción agresiva se da cuando la agresión ilegítima aún no ha comenzado, no tiene lugar ni presente ni inminentemente. Son aquellos casos en que, si bien pueda existir una expectativa de peligro, ésta no reviste el carácter de inmediatez o inminencia próxima a efectos de la legítima defensa.
- Exceso extensivo posterior: la reacción de defensa se da una vez que ya ha cesado la agresión ilegítima.

Veámoslo pormenorizadamente.

Exceso extensivo anterior:

Estaríamos ante un acto de lo que la doctrina denomina “defensa preventiva” o “defensa prematura”, que consiste en la defensa basada en un pronóstico que puede o no cumplirse. Se trata de aquellos actos preparatorios que se encuentran lejanos a la tentativa. Así, no cabría legítima defensa contra alguien que compra un cuchillo con la intención de cometer un delito cinco días después.⁵¹

Si bien no es apreciada por los Tribunales como necesaria dada la ausencia de actualidad de la agresión, esta postura resulta muy discutible por cuanto no parece justo exigir al sujeto que espere a que el ataque se produzca efectivamente para poder emprender una actitud de defensa.

Es por ello que la teoría de la <<defensa más eficaz>>⁵² contempla un concepto de actualidad de la agresión de mayor alcance, hasta el punto de poder incluso justificar la defensa preventiva. Esta teoría autoriza la defensa anticipada siempre que ésta sea eficaz, de tal forma que de no haberla ejercitado en ese momento anterior, ya hubiera sido imposible o previsiblemente ineficaz su ejecución posterior. Esta orientación descansa sobre la perspectiva individual de la legítima defensa, puesto que su finalidad

⁵¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Romeo Casabona, C, Sola Reche, E; Boldova Pasamar, M.; Granada, Editorial Comares S.L. p. 213.

⁵² IGLESIAS RÍO, MIGUEL A. (1999) *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*; Granada, Editorial Comares; pp. 150 y ss.

es la de dar la mayor seguridad y protección posibles a los bienes jurídicos del injustamente agredido y, además, la no exigibilidad de hacerle soportar los riesgos de una defensa con resultados no seguros.

Bajo una interpretación estrictu sensu de esta teoría de la defensa más eficaz, ésta se subordina además al criterio de menor lesividad de los bienes jurídicos del agresor, de tal forma que la defensa futura incierta hubiera podido causar igualmente unos riesgos mayores para éste. Así, podríamos afirmar que únicamente se permitiría la reacción preventiva de defensa si ésta hubiera sido menos perjudicial para el agresor que una defensa futura. Se consigue pues un doble beneficio: el potencial agresor tiene un riesgo menor hacia sus bienes jurídicos; y el agredido no soporta los riesgos de una defensa futura con resultados inciertos. Si bien es cierto que, como establece Iglesias Río, este concepto no deja de descansar en juicios valorativos difícilmente objetivables o hipotéticos, pues nunca se sabe a ciencia cierta el curso de los acontecimientos en tiempo futuro.

Particular es asimismo el tema de las amenazas en tal sentido, por cuanto es difícil apreciar si cumplen o no el requisito de la actualidad. Conforme al criterio actualmente predominante, éstas no constituyen una agresión actual si no entrañan una proximidad inmediata de lesión del bien jurídico en cuestión amenazado.⁵³

Con respecto a la actualidad de la agresión cuando ésta afecta al patrimonio y a la inviolabilidad del domicilio, el CP establece que para que ésta se cumpla la agresión ha de entrañar un “grave peligro de deterioro o pérdida inminentes” de los bienes.⁵⁴

Exceso extensivo posterior:

Éste tiene lugar en los supuestos en que el peligro creado con la agresión antijurídica ha cesado, y aún así el sujeto lleva a cabo la reacción frente al agresor.⁵⁵

Este caso contempla las situaciones en que esa ausencia de peligro hacia los bienes jurídicos ha cesado bien porque la agresión inicial ya se ha consumado y no va a

⁵³ Ver POMARES CINTAS, E. (2004) *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 562. Indica en nota 23 que el TS rechaza la legítima defensa frente a las actividades simplemente amenazadoras o las amenazas que no consistan en la conminación de un mal inminente. Véase SSTs de 21 marzo de 2003; de 22 de enero de 2001, de 30 de enero de 1998.

⁵⁴ Este tema se desarrolla con detalle en el apartado “Bienes jurídicos defendibles” del presente trabajo (página 11).

⁵⁵ Ver STSJ Andalucía (Gra) de 17 de marzo 2000 (EDJ 2000/12887).

volver a darse; bien porque la reacción de defensa empleada ha repelido e impedido la agresión, ha resultado eficaz. Estaríamos por tanto ante un acto de venganza⁵⁶.

La necesidad de la defensa no existe puesto que la agresión no es actual ni inminente.

Al respecto, Mayer afirma que deberían entenderse como inminentes aquellos casos en que el fin de una lesión pueda estar vinculado con el peligro de una nueva, además de que el término de la agresión, en tanto que ésta consista en una acción típica, no tiene que coincidir con el cumplimiento formal del delito.⁵⁷ Es el caso de los delitos permanentes, en los cuales aunque el delito haya sido consumado formalmente, la agresión puede seguir siendo actual si el ataque en cuestión al bien jurídico no ha cesado. Un ejemplo sería el secuestrador que aunque haya consumado formalmente el delito de secuestro, en tanto no libere al secuestrado seguirá lesionando el bien jurídico (la libertad) de éste, por lo que se podrá actuar en legítima defensa durante todo el tiempo que dure el cautiverio. Otro ejemplo es el del ladrón que, después de ya se haya consumado el apoderamiento, puede exponerse a la legítima defensa del dueño de la cosa robada; en especial si durante la persecución se origina una lucha por ésta.

En ambas figuras, tanto exceso extensivo anterior como posterior, el sujeto no tiene necesidad de defensa puesto que la agresión no es actual ni inminente, y no existe “animus defendendi”⁵⁸ o voluntad de defenderse. Por lo tanto, podemos concluir que, dado que no concurre la necesidad de la defensa, los casos de exceso extensivo de la legítima defensa impiden la apreciación de la causa de justificación tanto de forma completa como incompleta.⁵⁹

⁵⁶ Los actos de venganza en ningún caso están contemplados como causa de justificación puesto que no existe situación alguna de defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber, oficio o ejercicio de un derecho. Serán los propios Tribunales los que impongan la pena determinada en cada caso por la infracción cometida.

⁵⁷ ERNST MAYER, M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF, p. 345.

⁵⁸ Este concepto hace referencia al elemento subjetivo de la legítima defensa, entendida como la efectiva dirección de la voluntad del sujeto a salvaguardar sus bienes jurídicos amenazados por la agresión ilegítima, esto es, la voluntad de encaminar su actuación a una defensa. Ver página 33.

⁵⁹ Véase SAP Madrid 10 de marzo de 2006. Además, STS de 18 de diciembre de 2003, la cual establece textualmente: “si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo, bien porque la reacción se anticipa, o bien porque se prorroga indebidamente. La legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de esos dos casos, ni como completa ni como incompleta”.

6.1.2. Realidad de la agresión.

La agresión, además de ser antijurídica y actual, para poder ser prevenida o repelida en legítima defensa ha de suponer también un peligro real, esto es, ha de suponer un peligro idóneo y previsible de modo objetivo y ex ante para lesionar algún bien jurídico.

Asemajamos por tanto el concepto de realidad al de peligrosidad, de forma que la agresión ilegítima ha de ser peligrosa y, además probable en base a los elementos del juicio de previsibilidad objetiva.⁶⁰

Es en este punto donde nos encontramos con la figura penal de la legítima defensa putativa. Denominamos legítima defensa putativa a aquella actitud de defensa que se lleva a cabo en base a una creencia errónea acerca de la existencia de una agresión real, creyendo el sujeto, por tanto, que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

Ejemplo: Tras haber tenido A y B una fuerte discusión en un restaurante, A sale hacia un callejón oscuro minutos después y, al acercarse hacia él corriendo una persona, cree que es B que va hacia él para agredirle. Bajo esa creencia, A actúa disparando al sujeto que, ni era B, ni se acercaba para agredirle.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2005 (EDJ 2005/165444) que la legítima defensa putativa se basa en la creencia errónea del sujeto respecto a la existencia de una agresión ilegítima que lo sitúe en la necesidad de actuar en defensa propia o ajena, siendo preciso para ello que pueda apreciarse, desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente puedan permitir esa creencia.

Esto se traduce en que el sujeto que se defiende frente a una agresión que sólo existe en su imaginación no podrá serle de aplicación la legítima defensa, en cuanto el peligro no era real. Ha de tratarse, como referimos en la sentencia anteriormente citada, de una agresión existente en el mundo objetivo. Se excluyen del ámbito de la legítima defensa, por tanto, en base al requisito objetivo de la realidad de la agresión, aquellas conductas que no representan una peligrosidad objetiva o real, como las agresiones

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2009) *Derecho Penal español. Parte General. En esquemas*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 246.

aparentes o los supuestos de tentativa inidónea de lesión. En estos casos, al carecer la agresión de peligrosidad, no habrá necesidad de defenderse. Para determinar el grado de peligrosidad de la conducta, hay que realizar un juicio de previsibilidad objetiva: se hace preciso que en un juicio “ex ante” la lesión o amenaza del bien jurídico en cuestión aparezca como una consecuencia al menos parcialmente probable o previsible.⁶¹

La doctrina tradicional atendía a la teoría del dolo, de tal forma que si el error es vencible concurriría imprudencia y si no lo es, impunidad.⁶²

Los casos de defensa putativa, sin embargo, al faltar la agresión, se resuelven en la mayoría de los casos con arreglo a la teoría del error en el Derecho Penal. Así, podrá dar lugar a una causa de exculpación por error de prohibición en caso de que el error fuera vencible; o a una atenuación de la pena si el error fuera invencible.⁶³

La jurisprudencia así lo ha venido llevando a cabo, de tal manera que cuando la creencia sobre la presencia de una agresión es racional⁶⁴, admite la eximente; aunque ciertamente no se ha especificado con claridad si como causa de justificación o de exculpación. En tal sentido la STS de 20 de febrero de 1992 declara no haber lugar a recurso de casación por parte del Ministerio Fiscal contra sentencia que condenaba al procesado como autor de un delito de lesiones, concurriendo la eximente incompleta de la legítima defensa putativa. El Tribunal establece que de la descripción de los hechos contenida en el factum <<no es arbitrario, ni contrario a la lógica, inferir que el procesado pudo formarse la idea de que iba a ser injustamente agredido y actuó en consecuencia>>.

⁶¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Romeo Casabona, C, Sola Reche, E; Boldova Pasamar, M.; Granada, Editorial Comares S.L. p. 214.

⁶² MIR PUIG, S. (2010); *Derecho Penal. Parte General*; Barcelona, Editorial Reppertor; p.447.

⁶³ MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (2002), *Derecho Penal. Parte General*; Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 348 y ss.

⁶⁴ La STS de 16 de mayo de 2002 establece que "para que se pueda apreciar la existencia de la llamada legítima defensa putativa es imprescindible que el error que le sirve de sustento sea plenamente racional y fundado (STS 25.05.1987), amén de muy cuidadosamente probado a través de indicadores objetivos cuya valoración corresponde de manera muy directa (diríamos exclusiva) al juzgador de instancia (STS 22.12.1992 EDJ 1992/12742)".

6.2. La necesidad concreta del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

El Código Penal establece la exigencia de que exista <<necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión>>.⁶⁵

Este requisito limita las conductas en legítima defensa a aquellas que sean necesarias para impedir o repeler la agresión, es decir, a aquellas que cumplan el requisito de la necesidad racional del medio empleado.

Esta necesidad racional del medio empleado⁶⁶ se traduce en la exigencia de que la defensa ejercitada se lleve a cabo mediante medios que importen una menor lesividad sobre los bienes jurídicos del agresor, en tanto pongan fin o repelan la agresión. Por lo tanto, faltará la necesidad concreta de la defensa cuando se haya podido comprobar mediante un juicio probatorio ex ante (tanto objetivo como subjetivo) que el sujeto ha podido claramente utilizar un medio de menor lesividad en su defensa.

Resulta necesario distinguir la necesidad genérica de la defensa (necesidad de defenderse de alguna forma ante una agresión ilegítima, real y actual); y la necesidad concreta de la defensa (necesidad del medio defensivo concretamente empleado). Esta distinción tiene consecuencias jurídicas importantes ya que si falta toda necesidad de defenderse (necesidad genérica), no podrá ser apreciada la legítima defensa como eximente completa ni como eximente incompleta (art. 21.1º CP); ya que faltará un elemento nuclear o esencial de la eximente. Sin embargo, si existiendo la necesidad genérica de la defensa, el medio concretamente empleado para repeler o impedir la agresión resulta excesivo, podrá ser estimada la eximente incompleta de legítima defensa.

Si la reacción defensiva no necesaria por atemporalidad de la misma se denomina, como vimos anteriormente, exceso extensivo de la defensa; al exceso en el medio empleado para ejercer la misma la denominamos exceso intensivo. El exceso intensivo supone, pues, que aunque la agresión es actual, podría y debería haberse

⁶⁵ Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

⁶⁶ Por <<medio empleado>> debe entenderse no sólo instrumento o arma, sino la modalidad de la defensa en general.

empleado una defensa con una intensidad lesiva menor hacia los bienes jurídicos del agresor.⁶⁷

Así, este requisito de que la acción defensiva esté dentro de lo racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión, es identificado por la doctrina con el denominado «criterio de menor lesividad o de la mínima lesión de los bienes jurídicos del agresor». En base a este criterio, el sujeto que se defiende ha de utilizar el medio o instrumento a su alcance que importe la menor lesividad posible sobre los bienes jurídicos del agresor. Todo ello, en tanto ese medio sea eficaz para impedir o repeler la agresión ilegítima. Pues bien, para evaluar la disponibilidad y menor lesividad del medio defensivo se hace necesario un juicio de valor ex ante⁶⁸ que tenga en cuenta tanto las circunstancias objetivas como subjetivas en que se desarrolló la situación que desencadenó la necesidad de la defensa. Este juicio depende de una comparación entre la reacción defensiva llevada a cabo, y la que hubiera sido suficiente para impedir o repeler la agresión.⁶⁹

Sin embargo, resulta del todo incorrecto dirimir esta cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos o medios de defensa y de ataque. Tal y como la jurisprudencia ha establecido, han de tenerse en cuenta aquellos “aspectos subjetivos relevantes”⁷⁰ que puedan alterar el ánimo o la conciencia del defensor a causa de la agresión ilegítima ya que ésta puede impedir realizar una libre y pausada valoración de los medios o alternativas defensivas eficaces a su alcance. Se trata de situaciones en que la urgencia del momento no permite esperar un frío examen de todas las posibilidades. Asimismo, si una vez analizado el caso en concreto se comprueba que no era posible haber llevado a cabo una reacción de defensa que importara menor lesividad sobre los bienes jurídicos del agresor, entonces el Derecho vuelve a ponerse de lado del injustamente agredido y será éste considerado como medio necesario aunque suponga una lesión especialmente grave. En este sentido, y a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1980 admite la apreciación de la legítima defensa en aquellos casos en que el agredido utiliza un cuchillo como instrumento de defensa frente al agresor físicamente superior que utiliza su fuerza física.

⁶⁷ Vid. SSTs 1630/2002 de 2 de octubre; 1581/2002 de 27 de noviembre y 1630/2002 de 2 de octubre.

⁶⁸ La valoración ex ante se remite al momento en que la acción defensiva fue llevada a cabo; y ha de hacerse desde una perspectiva imparcial atendiendo a las circunstancias y la posición del autor.

⁶⁹ SSTs de 14 de marzo de 2003 y de 3 de junio de 2003.

⁷⁰ POMARES CINTAS, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, p 565.

Veamos dos medios de defensa que resultan especialmente conflictivos a la hora de su apreciación como racionales en base a este requisito de necesidad concreta de la defensa: el uso de armas de fuego y la huida:

6.2.1. El uso de armas de fuego como medio de defensa.

El uso de armas de fuego es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia cuando éste sea el único medio disponible ex ante para la defensa de los bienes jurídicos propios o ajenos. Sin embargo, sí que se hace exigible su uso gradual de menor lesividad siempre que éste sea eficaz y posible para enfrentar la agresión ilegítima. Un ejemplo de uso gradual de menor lesividad serían los disparos hacia cualquier lugar que intimiden al agresor y lo hagan desistir de sus intenciones; o incluso la simple amenaza de utilizarla si no desiste.

Si una vez utilizada el arma en su grado menos lesivo esto no es suficiente para impedir o repeler la agresión, entonces el disparo podrá dirigirse hacia la figura física del agresor, aunque se exige que los disparos vayan dirigidos a partes que no impliquen la muerte (por ejemplo, a una pierna o un brazo). Sólo quedará en última instancia el disparo mortal doloso como reacción defensiva, contemplado por la jurisprudencia cuando éste sea necesario en base a las circunstancias del caso en concreto para enfrentar la agresión.⁷¹

6.2.2. La huida.

Consiste en una evasión del ataque y se trata de una medida que, aunque no comporta la realización de una conducta típica como reacción defensiva, sí que está igualmente destinada a impedir o dar fin a la situación de riesgo creada por la agresión ilegítima.

Si bien la jurisprudencia tradicional no ha admitido la exigibilidad de la huida por considerarla deshonrosa o indigna, esta opinión está muy cuestionada en la

⁷¹ STS 3 de abril de 1992 (RA 2750) contempla el disparo mortal como concreto medio necesario de defensa, ya que previamente el sujeto defensor dio dos disparos intimidatorios que no impidieron al agresor desistir de sus intenciones; por lo que solo le quedó el disparo mortal como salida.

actualidad. La sociedad actual en la que vivimos no puede considerar como deshonroso el huir para evitar una defensa que resultaría especialmente gravosa para los bienes jurídicos del agresor.⁷² Además, esta consideración de la no exigibilidad de la huida choca con el criterio de menor lesividad como requisito de la necesidad racional de la defensa.

Si bien es cierto que el incumplimiento de la exigibilidad de la huida (no huir en aquellos casos en que esto fuera posible) no impediría apreciar la legítima defensa como eximente incompleta en base al artículo 21.1 CP pues solo faltaría un requisito secundario, la necesidad concreta de la defensa.

6.2.3. Defensa dolosa o imprudente a efectos de la necesidad concreta de la defensa.

Resulta necesario distinguir si la conducta de defensa ha sido llevada a cabo dolosa o imprudentemente a efectos de comprobar el requisito de la necesidad concreta de la defensa.

Así, si bien es decisiva la dirección de la voluntad del que se defiende a efectos de determinar los límites de la conducta necesaria; la conducta imprudente podría constituir todavía una acción defensiva necesaria. Se trata de aquellos casos en que el sujeto que se defiende no ocasiona el resultado intencionadamente; por ejemplo, el sujeto que realiza un disparo intimidatorio hacia el suelo y la bala rebota hiriendo de muerte al agresor.

En estos casos, el requisito de la necesidad concreta de la defensa no se evalúa atendiendo al resultado puesto que éste no ha sido causado dolosamente. Se evaluará pues este requisito atendiendo a la acción de riesgo creada en sí misma y a la mayor o menor puesta en peligro que ésta ha supuesto sobre los bienes jurídicos del agresor.

Podemos afirmar pues que queda un margen de conductas defensivas necesarias que no gozarían de esta cualidad si el resultado ocasionado hubiera sido producido de forma intencionada, esto es, dolosamente. En el ejemplo anterior, sería inapreciable el requisito de la necesidad concreta de la defensa si el resultado de la muerte del agresor se hubiese ocasionado, en lugar de a causa del rebote del disparo intimidatorio

⁷² MIR PUIG, S. (2016); Derecho Penal, Parte General; Barcelona; Editorial Reppertor; p. 455.

(resultado producido imprudentemente), como consecuencia de un disparo intencionado en la cabeza del agresor (resultado producido dolosamente).

6.3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Se trata, al igual que la necesidad concreta de la defensa, de un requisito no esencial o secundario de la legítima defensa, por lo que su ausencia, si bien impedirá la concurrencia de la eximente completa del artículo 20.4 CP de la que anteriormente hablamos, podrá dejar subsistente la legítima defensa incompleta en base al artículo 21.1 del mismo cuerpo legal (siempre que se cumpla el requisito esencial).

Es unánime en la doctrina la idea de que el provocador no se sitúa en igual posición frente al Derecho que el provocado y es por ello que no puede serle concedido el mismo derecho de reacción y de defensa, pues ha sido él mismo quien ha dado lugar, con su conducta, a la agresión.⁷³

En primer lugar resulta necesario analizar el concepto de “provocación” ya que éste no es definido por el Código. Se entiende por provocación la incitación o inducción de una persona sobre otra para que ejecute una determinada acción. No podemos confundir el concepto de provocación con el de agresión ya que la primera supone una situación previa a la agresión misma. Podrá ser considerada como provocación tanto una acción como una omisión ilícita⁷⁴.

Asimismo, no es necesario que la provocación consista en una conducta ilícita (contraria a Derecho) ya que la agresión puede estar motivada por una conducta simplemente contraria a las normas o usos éticos socialmente aceptados en cada momento.⁷⁵

Tampoco determina el Código lo que se entiende por provocación “suficiente”. La doctrina mayoritaria establece que para que pueda estimarse como suficiente la

⁷³ QUINTERO OLIVARES, G. (2010); *Parte General del Derecho Penal*; Pamplona, Editorial Aranzadi, p. 538.

⁷⁴ Véase STS de 26 de junio de 1978.

⁷⁵ El TS ha reiterado en tal sentido que las simples discusiones no constituyen actos de provocación.

provocación es necesario que consista en una acción u omisión ilícita⁷⁶ ya que no puede considerarse como defensor del ordenamiento jurídico aquel que ha provocado con su conducta antijurídica activa u omisiva la agresión ilegítima.⁷⁷

Es por ello que para considerar el carácter suficiente de una conducta provocativa es preciso realizar un juicio objetivo de valor ex ante que evalúe lo que en tales circunstancias haría un ciudadano medio, es decir, si ante tal situación reaccionaría agrediendo. Así, si la respuesta es afirmativa, no cabrá apreciar la legítima defensa del provocador. Sin embargo, si la respuesta es negativa, es decir, si la provocación resulta insignificante y por la tanto la respuesta es desmedida, cabrá admitir la legítima defensa del provocador.

Es necesario para que sea estimada la provocación como suficiente, además, que entre la agresión y la provocación exista proporcionalidad o equivalencia. De tal forma que si la agresión supera la gravedad o intensidad de la provocación, el provocador podrá erigirse de nuevo en defensor del ordenamiento jurídico e impedir o repeler la agresión mediante una conducta amparada en legítima defensa.

La provocación podrá ser dolosa o imprudente:

- Situación de defensa dolosamente provocada:

Se da cuando un sujeto provoca a otro para que realice una agresión y poder así lesionar sus bienes jurídicos bajo la justificación o la cobertura de la legítima defensa. En estos casos la doctrina considera que no hay posibilidad ninguna de concurrencia de la legítima defensa en la medida que la supuesta agresión ha sido buscada deliberadamente por la acción del provocador, es decir, manipula la situación típica de la legítima defensa a su favor.

- Provocación imprudente de la situación de la legítima defensa:

Son aquellas situaciones en las que el sujeto no tiene intención de aprovecharse de la agresión de la que es víctima para lesionar los bienes jurídicos del agresor. En estos casos, la posibilidad de apreciar la legítima defensa no necesariamente desaparece

⁷⁶ No es preciso, en cambio, que la acción u omisión ilícita sea también culpable, ya que cabe tanto la provocación dolosa como la imprudente.

⁷⁷ CERESO MIR, J. (2006); *Obras completas I. Derecho Penal. Parte General*; Lima, Ara Editores; p. 651 y ss.

por completo. Si bien es cierto que han de plantearse ciertas restricciones que se vinculan con la responsabilidad que se ha de asumir por los propios hechos imprudentes que obligan a mostrar cierto grado de tolerancia frente a aquellas agresiones de terceros que uno ha generado o provocado al realizar dichos hechos; ya que en estos casos lo ideal o recomendable es llevar a cabo defensas pasivas (no ofensivas) o incluso llegar a tener que tolerar ciertos daños o lesiones de entidad leve.

Esther Pomares hace en este sentido una distinción conforme al carácter consciente o inconsciente de la provocación imprudente. Así, estaríamos ante una provocación mediante imprudencia consciente cuando el autor se representa como posible una reacción agresiva del provocado pero confía en que no tendrá lugar. Estaríamos, de otro lado, ante una situación de provocación mediante imprudencia inconsciente en aquellos casos en que siendo previsible una reacción agresiva del provocado, no advierte que con su comportamiento puede desencadenarla.⁷⁸

En ambas posibilidades se excluye la justificación completa de la conducta defensiva llevada a cabo por el provocador que ha creado la misma imprudentemente. Pero sí podrá dejar lugar a la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa en base al artículo 21.1 CP.

7. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El elemento subjetivo en las causas de justificación se refiere al conocimiento del autor acerca de si su conducta típica estaba amparada por una causa de justificación o no.

Faltaría, por tanto, el elemento subjetivo de las causas de justificación en los casos en que el autor desconoce que su comportamiento está justificado o amparado por alguna de éstas.

Centrándonos en el elemento subjetivo de la legítima defensa, causa de justificación que nos ocupa, éste implica que el autor actúe en conocimiento de la situación de legítima defensa y en dirección a la salvaguarda de los bienes jurídicos puestos en peligro por la agresión ilegítima.⁷⁹ Es lo que se conoce como “animus

⁷⁸ POMARES CINTAS, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 571.

⁷⁹ POMARES CINTAS, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 557.

defendendi”, o ánimo de defensa, y se deduce del propio tenor de la definición legal cuando expresa “el que obre en defensa de...”.

Para estos casos la doctrina establece dos posibles soluciones: considerar la conducta como una atenuante de la responsabilidad⁸⁰, posición mayoritariamente seguida y jurisprudencialmente consolidada, o considerarlo como delito consumado.

Con respecto a la primera de las soluciones, la atenuación de la pena podría conjurarse en base al artículo 62, apreciando el delito en grado de tentativa, ya que existe desvalor de acción pero no de resultado⁸¹(esta es la posición seguida por la doctrina alemana); o entender que el desconocimiento de la situación de defensa haría aplicable la eximente incompleta.

En segundo lugar, se podría considerar la conducta como delito consumado⁸², al haber actuado el sujeto dirigiendo su voluntad hacia la realización efectiva del tipo; entendiendo que la ausencia del elemento subjetivo impide toda posible apreciación de cualquier elemento objetivo.

Importante es indicar que no es preciso que el ánimo de defensa guíe al sujeto. Para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad defensiva en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no, por ej., por cólera, venganza u odio). Antes de 1983 el artículo 8.3 CP tan solo excluía tales situaciones para la defensa de extraños.⁸³

8. LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS.

La legítima defensa, aparte de poder ser ejercitada en defensa de los derechos propios, también puede emprenderse en defensa de los bienes jurídicos de un tercero

⁸⁰ Ver SSTs de 18 de abril de 2006, EDJ 2006/65298; de 28 de noviembre de 2012, EDJ 2012/303818; de 22 de febrero de 2007, EDJ 2007/18029; y en el mismo sentido, SAP Barcelona 26 de abril de 2007, EDJ 2007/145098.

⁸¹ Ver POMARES CINTAS, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 601 y 602.

⁸² Pomares Cintas (en publicación de nota anterior) indica que esta solución se basa en la afirmación de que es precisamente el elemento subjetivo justificante el que da significación a la presencia de la situación objetiva correspondiente. Aporta asimismo en Nota 26 jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTs 23-1-1998; 22-12-1997; 3-5-1996) que sostiene que el “animus defendendi” es “soporte esencial e imprescindible” de la legítima defensa.

⁸³ MIR PUIG, S. (2010); *Derecho Penal, Parte General*; Barcelona; Editorial Reppertor; p. 444.

amenazado por una agresión antijurídica.⁸⁴ Esta afirmación deriva del tenor literal del propio artículo 20.4. CP el cual establece: “en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”.

Estos supuestos son denominados en la doctrina como “auxilio de terceros”, y están sujetos, al igual que en la defensa propia, a la concurrencia de los requisitos objetivos así como al elemento subjetivo. Se cumplirá el elemento subjetivo cuando el que obra en defensa de un tercero lo haga con la voluntad de defenderlo a sabiendas de la agresión antijurídica que se está produciendo o que inminentemente se producirá⁸⁵.

Sin embargo, la legítima defensa de terceros no podrá ser ejercitada contra la voluntad expresa del agredido. Son aquellos casos en que el agredido quiere defenderse con sus propios medios y sin la ayuda de nadie.

9. LA LEGÍTIMA DEFENSA. JUSTIFICACIÓN COMPLETA E INCOMPLETA.

El artículo 21.1 CP recoge las denominadas eximentes incompletas. Dicho precepto legal expone: <<son circunstancias atenuantes las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos>>.⁸⁶ En base al número uno de este artículo, cuando no concurren todos los requisitos necesarios de las causas de justificación, éstas no eximirán de responsabilidad penal al autor, pero podrán actuar como atenuantes de dicha responsabilidad.

Así pues, podemos afirmar que las causas de justificación no solo son eximentes de la responsabilidad penal, sino que también podrán ser atenuantes de la responsabilidad en tanto que no todos los elementos que la conformen estén presentes en cada caso en concreto. Muñoz Conde M. establece al respecto: “la ausencia de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación pueden incidir, sin embargo, atenuando el juicio global sobre el merecimiento de pena del

⁸⁴ Ver SAP Barcelona de 21 de marzo de 2005 (EDJ 2005/49468); STS de 2 de febrero de 1990 (RA 1033).

⁸⁵ Ver SAP Girona de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009/202400).

⁸⁶ Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

hecho, bien porque disminuyen el desvalor de acción, bien porque disminuyen el desvalor de resultado, que constituyen la base del juicio de antijuricidad”.⁸⁷

Es mayoritaria la doctrina que considera una dualidad de requisitos en las causas de justificación, estableciendo de una parte los requisitos esenciales (o nucleares) - cuya ausencia impedirá apreciar cualquier tipo de eximente o atenuación -, y los requisitos no esenciales o secundarios. La eximente incompleta se dará en caso de que falte alguno o algunos de estos elementos secundarios.⁸⁸

En palabras de Fátima Flores Mendoza, “la causa de justificación incompleta hace referencia a un supuesto de hecho que no cuenta con todos los elementos necesarios para excluir la antijuricidad y eximir de responsabilidad penal por la acción u omisión típica realizada, pero sí para disminuirlas”.⁸⁹

Pues bien, como hemos señalado anteriormente en el estudio de los requisitos de la legítima defensa, la falta del requisito esencial de la misma impedirá su apreciación totalmente, es decir, sin haber lugar a estimación parcial (eximente incompleta). Si no existe agresión ilegítima externa real y actual que amenace los bienes jurídicos del sujeto o de un tercero, será imposible apreciar la legítima defensa tanto como eximente, como atenuante de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, cuando falta alguno de los requisitos secundarios, la responsabilidad sí podrá atenuarse en base al citado artículo 21.1 CP, y estaremos ante la figura de la eximente incompleta.

Veamos un ejemplo: una persona agrede a otra cuando ésta se encuentra desprevenida llegando a su coche, debido a su pensamiento de que si no lo hubiera hecho, él hubiera ido a su casa a hacer lo mismo. En este caso la legítima defensa nunca podrá apreciarse como causa de justificación (completa o incompleta) puesto que falta el requisito esencial de “agresión ilegítima externa real y actual”.

⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., (2000), *Derecho Penal. Parte General*; Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 317.

⁸⁸ Ver STS de 2 de Julio de 2015 EDJ 2015/136056 en la que la Sala aprecia la eximente incompleta de la legítima defensa por la desproporción de la defensa empleada (requisito secundario). El Tribunal califica el delito en grado de tentativa.

⁸⁹ FLORES MENDOZA, F. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar. Granada, Editorial Comares S.L. p. 204.

Imaginemos ahora que una persona apuñala a otra bajo el pretexto de que ésta iba a propinarle un puñetazo en la cara; en este caso, estaríamos ante una irracionalidad de medio empleado y podrá ser estimada la legítima defensa como atenuante de la pena, como eximente incompleta.⁹⁰

10. CONCLUSIONES FINALES.

En este Trabajo de Fin de Grado analizamos desde un prisma doctrinal y jurisprudencial la figura jurídico-penal de la legítima defensa, contemplada legalmente en el artículo 20.4 del Código Penal.

La naturaleza jurídica de la legítima defensa es la de excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, y está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante.

Se entiende por legítima defensa aquella conducta típica que realiza un sujeto en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, ante una agresión externa ilegítima. El fundamento de esta causa de justificación reposa sobre una doble perspectiva doctrinalmente consolidada: desde una perspectiva individual, se entiende como la facultad para defender aquellos bienes jurídicos individuales amenazados por la agresión ilegítima; y desde una perspectiva supraindividual se presenta como una necesidad de defensa del orden jurídico y del Derecho en general, conculcados por la agresión ilegítima.

No todos los bienes jurídicos son susceptibles de tutela por la legítima defensa, sino solo los denominados “defendibles”, que son aquellos relativos a la autodeterminación individual. Quedan excluidos por tanto aquellos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Bajo mi punto de vista esta definición debería acotarse algo más, englobando tan solo aquellos bienes jurídicos conculcados no solo por una agresión antijurídica sino también típica. Así, solo serían susceptibles de tutela por la legítima defensa los bienes jurídico-penalmente protegidos.

⁹⁰ Véase, en este sentido, STS 17 de marzo de 2005 EDJ 2005/37448: “se aprecia la eximente incompleta atendiendo a la desproporción de la respuesta dada frente a la inicial agresión ilegítima sufrida por el recurrente”.

Igualmente cabe la defensa a las agresiones a bienes patrimoniales y a la morada en base al artículo 20.4 CP, el cual exige que tal agresión constituya delito y que además ponga a los bienes «en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes».

Para que la legítima defensa pueda justificar la conducta típica llevada a cabo por un sujeto y por consiguiente exima a éste de responsabilidad criminal, han de darse una serie de requisitos objetivos así como un elemento subjetivo.

El primer requisito de la legítima defensa es la existencia real y actual de una agresión antijurídica. Es requisito nuclear o esencial por lo que su ausencia impedirá la subsistencia de la legítima defensa tanto como eximente completa como incompleta.

A la necesidad de defenderse de alguna forma ante una agresión ilegítima, real y actual la llamamos necesidad genérica de la defensa. Faltará por tanto esta necesidad genérica cuando se lleve a cabo una reacción defensiva ante una agresión atemporal (exceso extensivo), o una defensa ante una agresión aparente o que solo exista en la imaginación del que la ejerce (defensa ante agresión irreal).

Con respecto a la ilegitimidad de la agresión, mi opinión es que este concepto ha de abarcar también aquellas agresiones ilícitas que procedan de cualquier sector del ordenamiento jurídico (administrativo, civil...), así no ha de requerirse que la agresión antijurídica sea estrictamente penal, sino que baste con que sea contraria al Derecho en general.

Es importante destacar que no se aprecia agresión ilegítima a efectos de la legítima defensa en aquellas situaciones de riña mutua y libremente aceptada por varias partes. En estos casos la jurisprudencia y doctrina mayoritarias entienden que ambas partes son agresores y agredidos al mismo tiempo por lo que no cabe entender la concurrencia de la legítima defensa a menos que uno de ellos intensifique la modalidad de acción agresiva inicialmente adoptada en la pelea. En consonancia con Luzón Peña, opino que cuando una de las partes mantiene durante la riña una actitud puramente defensiva, podrá apreciarse la eximente incompleta de la legítima defensa ya que en tal caso sí existe un ataque y una defensa, pero faltaría el requisito secundario de la falta de provocación por parte del sujeto defensor al haber aceptado inicialmente el reto.

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad concreta del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Es requisito secundario por lo que su

ausencia podrá dejar lugar a la eximente incompleta pero nunca a la completa; y consiste en que la defensa llevada a cabo ha de ser adecuada y racional atendiendo a la agresión sufrida.

Así, aquellos casos en que el medio empleado (entendiendo por medio empleado no solo al instrumento utilizado sino a la modalidad de defensa en general) para defenderse sea excesivo, darán lugar a un exceso intensivo de la defensa y esto impedirá la concurrencia del requisito de la necesidad concreta de la defensa.

Para la evaluación de este requisito se atiende al criterio de menor lesividad de los bienes jurídicos del agresor, en base al cual el sujeto ha de adoptar en su defensa el medio menos lesivo para el agresor. Esta evaluación se lleva a cabo siempre teniendo en cuenta que el sujeto defensor haya podido discernir claramente cuáles eran las posibilidades con las que contaba y cuál de ellas era más racional para impedir o repeler la agresión lesionando lo menos posible al sujeto que agredía.

Es innegable la necesidad de atender al elemento subjetivo a la hora de evaluar este requisito pues en una situación en la que un sujeto ve amenazados sus bienes jurídicos no resulta siempre tan fácil pararse a pensar qué medio de defensa es más adecuado para impedirla o hacerla terminar. Por ello creo que es muy acertada la jurisprudencia y doctrina en tal sentido adoptando la solución de la eximente incompleta en aquellos casos en que este segundo requisito falte por irracionalidad de la defensa adoptada.

El tercer y último requisito objetivo de la legítima defensa es la falta de provocación por parte del sujeto defensor. Se trata también de un requisito secundario o inesencial por lo que, al igual que ocurre con la necesidad concreta de la defensa, su no existencia dejará lugar a una atenuación de la pena pero no a la eximente completa. Consiste en que el sujeto que se defiende no puede haber creado o provocado con su actitud la reacción ofensiva del agresor. La doctrina entiende que solo las provocaciones “suficientes” serán causa de la no apreciación de este requisito; sin embargo, no es pacífica en la doctrina la interpretación del alcance del carácter suficiente de la provocación. Al respecto entiende la jurisprudencia que para que se estime la suficiencia de la provocación ésta ha de consistir en una acción u omisión antijurídica, pero que no es preciso que ésta sea además culpable. En adición, es necesario que la respuesta agresora sea proporcional a la provocación puesto que si ésta rebasa los

límites de la racionalidad, el provocador podrá erigirse de nuevo en defensor del ordenamiento jurídico e invocar la legítima defensa.

El elemento subjetivo de la legítima defensa faltará cuando el sujeto crea erróneamente que existe una agresión que va a lesionar sus bienes jurídicos y en consecuencia lleve a cabo la conducta típica de defensa. En estos casos, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias abogan por la atenuación de la pena, posicionamiento que personalmente apoyo, puesto que cuando se atiende al elemento subjetivo, se atiende a las personas, a la mente y a las circunstancias de cada sujeto en cada situación. Por lo tanto, creo que atenuar la pena es la solución más racional, lejos de entender la conducta como delito consumado.

Por último creo conveniente destacar la existencia de la legítima defensa de terceros, contemplada también en el cuerpo del artículo 20.4 CP al establecer éste “en defensa de los derechos propios o ajenos”.

Son aquellas situaciones en que se auxilia a un tercero cuyos bienes jurídicos son amenazados por una agresión ilegítima. Se aplican en esta figura los mismos requisitos que en la legítima defensa de los propios derechos.

Si bien no me parece acertada la afirmación de que la negación del agredido a ser ayudado impida la concurrencia de la legítima defensa de terceros. Creo que en tal caso deberíamos estar ante los mismos términos que en los casos del consentimiento, es decir, habrá que atender a la disponibilidad de los bienes jurídicos del agredido. Así, no acudir en ayuda o auxilio de alguien que puede ser privado de la vida, (puesta en peligro del bien jurídico vida) podría equipararse a la omisión del deber de auxilio, como sabemos castigado penalmente. De tal forma creo que la negación del agredido a ser ayudado no tiene por qué implicar necesariamente la no concurrencia de la causa de justificación de la legítima defensa, ya que, precisamente, en casos de puesta en peligro de bienes jurídicos indisponibles, la ayuda se convierte en necesaria y obligatoria “por ley”.

11. BIBLIOGRAFÍA.

- Cerezo Mir, J. (2006); Obras completas I. Derecho Penal. Parte General; Lima, Ara Editores.
- Díez Ripollés, J. (2009) *Derecho Penal español. Parte General. En esquemas*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Ernst Mayer M. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, BdeF.
- Flores Mendoza F. (2013) *Derecho Penal Parte General. Introducción a la teoría jurídica del delito*. Coord. Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar. Granada, Editorial Comares S.L.
- Iglesias Río, Miguel A. (1999) Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales; Granada, Editorial Comares.
- Jiménez de Asúa, L (2005); *La teoría jurídica del delito*, Madrid, Editorial Dykinson.
- Landecho Velasco C. (2000) *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid, Editorial Tecnos.
- Luzón Peña, D (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- Luzón Peña, D. (1996); *Curso de Derecho Penal, Parte General I*; Madrid, Editorial Universitas.
- Luzón Peña, D. (2002), *Curso de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitas, S.A.

- Martínez González M., Elena Núñez Castaño (2010), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, Coord. Gómez Rivero M.; Madrid, Editorial Tecnos.
- Mir Puig, S. (2010); *Derecho Penal. Parte General*; Barcelona, Editorial Reppertor.
- Mir Puig, S. (2016); *Derecho Penal, Parte General*; Barcelona; Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde F. (1989) *Teoría General del Delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde F. García Arán M. (2002), *Derecho Penal. Parte General*; Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Pomares Cintas E. (2004); *La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes*, Granada, Editorial Comares.
- Pomares Cintas, E. (2004), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2010); *Parte General del Derecho Penal*; Pamplona, Editorial Aranzadi.
- Vizuela Fernández, J. (2013), *Derecho Penal, Parte General. Introducción Jurídica del delito*, Coord. Romeo Casabona C., Sola Reche E, Boldova Pasamar M; Granada, Editorial Comares.

12. JURISPRUDENCIA CITADA.

12.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- TS. Sentencia de 13 de marzo de 2000.

- TS. Sentencia de 27 de mayo de 2015 (EDJ 2015/105517).
- TS. Sentencia núm. 1026/2007, de 10 de diciembre.
- TS. Sentencia 27 de mayo de 2015 (EDJ 2015/105517).
- TS. Sentencia de 8 de mayo de 2010 (EDJ 2010/169634).
- TS. Sentencia de 11 de junio de 2015 (EDJ 2015/111142).
- TS. Sentencia de 4 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2078).
- TS. Sentencia 17 de marzo de 2004 (EDJ 2004/31386).
- TS. Sentencia 26 de enero de 2005 (EDJ 2005/11841).
- TS. Sentencia núm. 1026/2007 de 10 de diciembre.
- TS. Sentencia de 27 de mayo de 2015, EDJ 2015/105517.

- TS. Sentencia de 21 marzo de 2003.
- TS. Sentencia de 22 de enero de 2001.
- TS. Sentencia de 30 de enero de 1998.
- TS. Sentencia de 18 de diciembre de 2003.
- TS. Sentencia de 13 de octubre de 2005 (EDJ 2005/165444).
- TS. Sentencia de 16 de mayo de 2002.
- TS. Sentencia de 25 de mayo de 1987.

- TS. Sentencia de 22 de diciembre de 1992 (EDJ 1992/12742).
- TS. Sentencia núm. 1630/2002 de 2 de octubre.
- TS. Sentencia núm. 1581/2002 de 27 de noviembre.
- TS. Sentencia núm. 1630/2002 de 2 de octubre.
- TS. Sentencia de 14 de marzo de 2003.
- TS. Sentencia de 3 de junio de 2003.
- TS. Sentencia de 3 de abril de 1992.
- TS. Sentencia de 18 de abril de 2006 (EDJ 2006/65298).
- TS. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (EDJ 2012/303818).
- TS. Sentencia de 22 de febrero de 2007 (EDJ 2007/18029).

- TS. Sentencia núm. 1033/1990 de 2 de febrero.
- TS. Sentencia de 2 de Julio de 2015 (EDJ 2015/136056).
- TS. 17 de marzo de 2005 (EDJ 2005/37448).

12.2. Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia.

- TSJ Andalucía (Gra). Sentencia de 17 de marzo 2000 (EDJ 2000/12887).

12.3. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.

- AP Las Palmas. Sentencia de 20 de enero de 2011 (EDJ 2011/134776).
- AP Madrid. Sentencia de 10 de marzo de 2006.
- AP Barcelona. Sentencia de 26 de abril de 2007 (EDJ 2007/145098).
- AP Barcelona. Sentencia de 21 de marzo de 2005 (EDJ 2005/49468).
- AP Girona. Sentencia de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009/202400).

13. LEGISLACIÓN.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).