



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

LA LEGÍTIMA DEFENSA

Presentado por:

Juan Alonso Rodríguez

Tutelado por:

Alfonso R. Ortega Matesanz

Valladolid, 12 de julio de 2023

RESUMEN.

El presente trabajo llevará a cabo un análisis de la legítima defensa, eximente de la responsabilidad penal reconocida en el artículo 20.4 del Código Penal. Para ello, se descompondrá la mencionada eximente en cada una de las características que la componen, para poder ser analizadas detalladamente.

El trabajo comenzará con la fundamentación, naturaleza jurídica y evolución histórica de la legítima defensa, seguido de los bienes jurídicamente protegidos y los presupuestos objetivos y subjetivos, para finalizar con los supuestos que permiten observar la eximente completa e incompleta. Todo ello con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVES.

Legítima defensa, artículo 20.4 del Código penal, eximente, responsabilidad penal, antijuricidad, agresión, ilegítima, racionalidad, falta de provocación suficiente, ánimo, error, exceso, intensivo, extensivo.

ABSTRACT.

This final degree project will carry out an analysis of self-defense, a legal defense recognized in article 20.4 of the Penal Code. For it, the mentioned defense will be broken down into each of its constituent elements in order to be thoroughly analyzed.

The final degree Project will begin with the fundament, legal nature and historical evolution of self-defense, followed by the legally protected interests and the objective and subjective requirements. It will conclude with the scenarios that allow for the observation of complete and incomplete self-defense, all supported by the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS.

Self-defense, article 20.4 of the Penal Code, exemption, criminal responsibility, illegality, aggression, illegitimate, rationality, lack of sufficient provocation, mind, error, excess, intensive, extensive.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.1. JUSTIFICACIÓN.....	5
1.2. METODOLOGÍA EMPLEADA.....	6
2. MARCO CONCEPTUAL.....	6
2.1. CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.....	6
2.2. CONCEPTO DE LEGÍTIMA DEFENSA.....	7
3. LEGÍTIMA DEFENSA EN ESPAÑA.....	8
3.1. FUNDAMENTACIÓN.....	8
3.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	15
3.3. REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: EVOLUCIÓN Y DESARROLLO.....	18
4. BIENES JURÍDICOS PROTEGIBLES.....	23
5. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	26
5.1. AGRESIÓN ILEGÍTIMA.....	26
5.1.1. Agresión.....	26
5.1.2. Ilegítima.....	30
5.1.3. Riña mutua y libremente aceptada.....	33
5.1.4. Actualidad de la agresión. Comienzo y fin de la agresión. Exceso extensivo.....	36
5.2. DEFENSA Y SU RACIONALIDAD.....	38
5.2.1. La necesidad de la defensa.....	38
5.2.2. La necesidad racional del medio empleado.....	41
5.3. FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DEL DEFENSOR.....	50
6. PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	54
7. ERROR SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	56
8. EXIMENTE COMPLETA E INCOMPLETA.....	59

9. CONCLUSIONES.....	61
10. BIBLIOGRAFÍA.....	63
11. FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	64

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. JUSTIFICACIÓN.

El ser humano es un animal social, convive rodeado de animales de su misma especie, cuya evolución a lo largo del tiempo fruto de su capacidad intelectual, consecuencia de ser un animal racional, ha permitido convertir esta vida social en una sociedad humana.

Lo más característico de una sociedad humana, lo que nos diferencia de otros animales sociables, es la capacidad para poder regular nuestro comportamiento a través de normas autoimpuestas y aceptadas.

A pesar a pesar de convivir en una sociedad regulada por normas, en una sociedad de Derecho, allí donde no es posible alcanzar unos fines acordes a la legalidad vigente, siempre está la vía despótica de alcanzar dichos fines.

La violencia es una de esas vías ilegales posibles, sigue estando presente en nuestra naturaleza, pues, al fin y al cabo, somos animales.

Es aquí, donde tiene su razón de ser el Derecho Penal, la rama del ordenamiento jurídico que se encarga de regular la potestad punitiva, *ius puniendi*, que se encuentra encomendada al Estado. A través del *ius puniendi* trata de evitar cierto tipo de conductas, prohibiéndolas o imponiendo determinados comportamientos, con el fin último de proteger bienes.

Los bienes protegidos por el Estado, al ser bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, son bienes jurídicamente protegibles.

En definitiva, el Derecho Penal normativiza, tipifica, conductas que considera contrarias al ordenamiento jurídico porque pueden lesionar bienes jurídicos protegibles.

Pero a pesar de ello, no siempre es posible la defensa de una víctima a una agresión a través de los cauces legales, sin que sea factible la solución ilesa de todas las partes implicadas en el conflicto.

Por ello es necesario, que para proteger los bienes de una posible víctima, fruto de una agresión ilegítima, el Estado y el ordenamiento jurídico prevean sistemas que permitan una defensa adecuada, justa, racional y proporcional.

Este es el cauce previsto en el artículo 20.4 del Código Penal enunciado como la legítima defensa. Siendo una actuación por parte de la víctima contraria al ordenamiento

jurídico que la permite repeler o impedir una agresión a bienes jurídicos propios o ajenos. Pero aun siendo una acción antijurídica, al ser una acción con un desvalor menor de la acción que trata de repeler, es permitida, no siendo sancionada, eximiendo la responsabilidad penal de su autor y erigiéndose como una causa de justificación.

El presente trabajo analizará el contenido del artículo 20.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Comenzando con un análisis del marco conceptual en el que se ubica la legítima defensa, para esclarecer que conceptos nos resultan de interés. Seguido de su fundamentación, naturaleza jurídica y evolución histórica hasta llegar al concepto actual. Para posteriormente analizar lo bienes jurídicamente amparados junto con los presupuestos necesarios para que se den los requisitos que eximen la conducta de responsabilidad penal. Además de los errores que se pueden cometer a la hora de recurrir a esta figura jurídica, así como, sus consecuencias como eximente completa e incompleta. Para finalizar con unas conclusiones propias acerca del objeto analizado.

1.2. METODOLOGÍA EMPLEADA.

El objetivo del presente trabajo es el análisis de figura de la eximente de la legítima defensa. Para ello, se ha partido de la redacción del propio artículo 20.4 del Código Penal, donde se halla redactada.

Acto seguido, se ha llevado una descomposición de cada una de cada una de las notas características y principales situaciones donde puede tener lugar la mencionada eximente. Tales características y situaciones han sido pormenorizadamente estudiadas, haciendo uso de manuales de Derecho Penal, diversos libros especializados en la legítima defensa y múltiples artículos de revistas.

Por último, para completar el análisis, se han mencionado múltiples sentencias, principalmente del Tribunal Supremo, con el objetivo de mostrar ejemplos reales y recalcar lo expuesto.

Siendo el fin primordial mostrar una imagen completa y detallada de la legítima defensa.

2. MARCO CONCEPTUAL.

2.1. CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.

El delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable. Cada uno de estos conceptos es una categoría autónoma en la concepción tripartita del delito.

Un comportamiento será catalogado como antijurídico cuando sea contrario a derecho, es decir, una acción es antijurídica cuando es plenamente típica y no concurre ninguna causa de justificación¹.

El primer requisito de esta fórmula es la tipicidad penal. Un hecho es plenamente típico cuando se encuentra recogido por la ley como constitutivo de una figura delictiva. De esta forma se asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues solo los hechos antijurídicos que realizan un delito tienen categoría penal².

Todo tipo penal exige una acción. Un comportamiento humano que ponga en peligro o lesione bienes jurídicos protegidos por el Derecho, pues el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho sólo puede tratar legítimamente de evitar lesiones de bienes jurídicos-penales a través de valores y normas³.

Éste es el concepto de antijuricidad, que puede diferenciarse en antijuricidad formal y antijuricidad material. La antijuricidad formal sería la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico; mientras que la antijuricidad material, es la ofensa al bien jurídico protegido por la norma⁴.

En segundo lugar, la antijuricidad requiere de la ausencia de causas de justificación de la acción típica. Estas conductas son las recogidas en los artículos del Código Penal: 20.4, la legítima defensa; 20.5, el estado de necesidad; o, 20.7, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Un hecho típico, es inicialmente lesivo, pero no antijurídico, cuando trata de preservar intereses jurídicos superiores⁵.

2.2. CONCEPTO DE LEGÍTIMA DEFENSA.

¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Capítulo 4: Definición de delito. Memento Penal*. Editorial Lefebvre. 2023. Versión digital. Pág. 2.

² MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 158.

³ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 160.

⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. 2022. Pág. 276.

⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Capítulo 4: Definición de delito. Memento Penal*. Editorial Lefebvre. 2023. Versión digital. Pág. 3.

La legítima defensa se define como la defensa necesaria para repeler o impedir una agresión injusta de bienes propios y/o ajenos. Es una causa de justificación, eximente de responsabilidad penal, que se encuentra regulada en el artículo 20.4 del Código Penal.

Rodríguez Mourullo define la legítima defensa como la defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta de bienes propios o de un tercero⁶.

La STS 287/2009, 17 de marzo de 2009, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo, define la legítima defensa con todos sus requisitos como:

“La legítima defensa es una conducta conforme a Derecho y, por tanto, constituye una causa de justificación que deberá ser reconocida por el Tribunal para exculpar al que se defiende, siempre -claro es- que concurran en su conducta los requisitos legalmente previstos en el art. 20.4º del Código Penal, es decir: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para la defensa; y, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Una ojeada al panorama jurisprudencial sobre la materia nos lleva a destacar: 1) que esta eximente es aplicable tanto a la defensa de la persona como a la defensa de sus derechos; 2) que la agresión ha de ser objetiva y deberá suponer una efectiva puesta en peligro, con carácter de inmediatez, del bien jurídico protegido de que se trate; 3) que la agresión deberá provenir de una conducta humana ilegítima, es decir, jurídicamente injustificada; 4) que la defensa ha de ser necesaria ("necessitas defensionis") y proporcionada a la agresión, para lo cual habrá de ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa ("exceso intensivo") podrá apreciarse una eximente incompleta (art. 21.1ª CP); y, 5) que no exista provocación por parte del que se defiende que haya sido suficiente para desencadenar la agresión sufrida por el mismo, de modo que, cuando pueda considerarse suficiente la provocación, podrá apreciarse también la eximente incompleta (art. 21.1ª CP), siempre, claro está, que no se trate de una provocación intencionadamente causada, pues, en tal caso, desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador.”

3. LEGÍTIMA DEFENSA EN ESPAÑA

3.1. FUNDAMENTACIÓN.

⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, “Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa”, *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad de Santiago. 1981. Pág. 767.

La legítima defensa como causa de justificación estuvo durante mucho tiempo estrechamente relacionada con las causas de exculpación, consagrándose dentro de los supuestos de perturbación del ánimo o como miedo insuperable, con el ánimo de protegerse de un ataque⁷.

Pero la acción defensiva se encuadra mejor en la respuesta proporcionada a una agresión injusta, independientemente de la actitud anímica del sujeto que se defiende, considerándose como una verdadera causa de justificación al ataque repelido⁸.

De esta forma, la legítima defensa se consagra como una respuesta a la defraudación de una expectativa cognitiva o normativa de comportamiento. Las teorías individualistas tratan al agresor como si lo defraudado fuera una expectativa cognitiva, como un peligro que amenaza los bienes del agredido. Mientras que la expectativa normativa de defraudación es tomada por las teorías supraindividualistas como una amenaza al conjunto del ordenamiento jurídico. De tal forma, que la teoría del doble fundamento trata de encuadrar ambos aspectos, cognitivo y normativo, para fundamentar la legítima defensa⁹.

Comenzando con las teorías individualistas, éstas parten de la idea de que el hombre tiene un instinto natural de autoconservación. Pero para legitimar la defensa es necesario un ataque en concreto, y no una simple situación de peligro donde aflore tal instinto de supervivencia. Ahora bien, de la misma manera que la víctima de este primigenio ataque del agresor, encontraría su motivación en el instinto de supervivencia frente a un ataque ajeno, esta moneda de dos caras podría ser utilizada por el agresor para defenderse de la defensa, y justificar en último término su ataque. Además, que la tesis inicial del instinto de supervivencia no da cabida a la actuación de un tercero para salvaguardar bienes ajenos¹⁰.

Para Stratenwerth, la agresión ilegítima pone en peligro tanto los bienes jurídicos individuales como el derecho del individuo a su autodeterminación personal. Entendida así la legítima defensa, se protegerían los bienes jurídicos individuales como este derecho a la autodeterminación personal, introduciendo tal tesis criterios normativos, pero solo en la esfera individual del agredido, dejando de lado la esfera del agresor, configurando la legítima defensa como un derecho a la autodeterminación del agredido con un arbitrio puramente

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. 2022. Pág. 295.

⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. 2022. Pág. 296.

⁹ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 171.

¹⁰ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 171.

subjetivo, limitando la fundamentación de la defensa a una protección cognitiva de los bienes atacados¹¹.

Wagner atribuye el fundamento de la legítima defensa a la protección de la libertad individual de acción del agredido y de su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Este autor prescinde del requisito de la ponderación de intereses por la situación de peligro en la que se encuentra la víctima, la falta de experiencia en la defensa y la ausencia de riesgo en los bienes del agresor. En esta teoría, en la reacción defensiva no hay ninguna diferencia entre el estado de necesidad y legítima defensa, siendo esta una respuesta ante peligros, hallando la diferencia entre estas actuaciones en el objeto de protección, siendo el bien individual en el estado de necesidad, y la libertad individual de acción en la legítima defensa¹².

Las tesis de Hruschka y Renzikwski, configuran la agresión ilegítima como una ruptura de la relación de coordinación existente entre todos los ciudadanos para ser sustituida por una relación de subordinación por parte del agresor. En esta nueva relación, de subordinación, no hay garantías de que se respeten recíprocamente los derechos, tanto por parte del agresor como del agredido. Por lo que en una sociedad sin deberes de tolerancia, estaría justificada una legítima defensa sin límites de racionalidad ni proporcionalidad¹³.

Frister fundamenta la legítima defensa como una especie de estado de necesidad defensivo, donde el agredido tiene la posibilidad de hacer cesar tal estado de necesidad. El agresor es el sujeto que obra dolosa y culpablemente creando y manteniendo tal situación de peligro, y donde lo decisivo es el sujeto que puede evitar el curso lesivo de los hechos. Ambas notas de dolo y culpabilidad son las relevantes en el suceso lesivo, pues permiten diferenciar estado de necesidad de legítima defensa. Así pues, ante un ataque por parte de un inimputable, y frente a un agresor imprudente que ha perdido el dominio de la situación para cesar el peligro y ser igualmente responsable de las consecuencias lesivas, nos hallaríamos en estado de necesidad¹⁴.

Jakobs y Feund recurren al principio de responsabilidad del agresor, donde el agresor debe soportar las consecuencias de su comportamiento jurídicamente reprochable. Para

¹¹ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 172.

¹² Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 172.

¹³ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 172.

¹⁴ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 172.

Jakobs, únicamente se protege el bien atacado mediante la acción defensiva. De esta forma, se defrauda una expectativa normativa por la defraudación de una expectativa cognitiva por parte del agresor. Sin embargo, Jakobs no distingue entre sujetos imputables e inimputables, siendo posible cargar la culpabilidad a inimputables y teniendo que soportar las consecuencias lesivas de la acción defensiva¹⁵.

Para Neumann y Kargl, la legítima defensa es la defensa del derecho subjetivo del agredido, individualmente considerado, donde el derecho del agredido no necesita ceder ante lo injusto de la agresión. Esta tesis normativiza la posición jurídica del agredido, pero no la del agresor, de tal forma que éste es tratado como un foco de peligro mediante la defensa. Presuponiendo de esta forma la licitud de la defensa, si alguien defendiera la ilicitud de la defensa puede llegar a la conclusión contraria de que el derecho del agresor no necesita ceder a lo injusto de la acción defensiva. Para salvar esta cuestión, Neumann impide asimetrizar la relación de agresor-agredido¹⁶.

Baldó Lavilla fundamenta la legítima defensa en la libertad de organización del agredido frente a comportamientos orientados a vulnerarla, partiendo de que la distinción entre estado de necesidad y legítima defensa se encuentra en la conducta dolosa del agresor. Una distinción completamente arbitraria, pues una conducta imprudente también es plenamente imputable al agresor, sin hacer ninguna referencia a la culpabilidad. Tal distinción por parte de Baldó Lavilla, argumentada en la cantidad de responsabilidad de la víctima en la acción defensiva, no recurre al significado de tal acción defensiva. En ambas conductas se protegen bienes, pero en el estado de necesidad orientada al cumplimiento de un deber solidario, y en la legítima defensa orientada a impedir conducta desleal por parte del agresor¹⁷.

Las teorías supraindividualistas encuadran la legítima defensa en la defensa del ordenamiento jurídico, es decir, la defensa personal del agredido no es el principio fundamental que justifica la defensa, sino que lo relevante de la acción defensiva es preservar la validez empírica del ordenamiento jurídico, la autoafirmación del Derecho¹⁸.

¹⁵ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 173.

¹⁶ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 173.

¹⁷ Citado por PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

¹⁸ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

Ahora bien, los partidarios de tales concepciones supraindividualistas deben tomar en consideración que la acción defensiva del agredido, el elemento subjetivo de la legítima defensa, a la hora de evitar tal comportamiento antijurídico por parte del agresor, también tiene como resultado la defensa del Derecho¹⁹.

Además, la necesidad de la actualidad de la agresión como requisito en la legítima defensa es complicado de fundamentar desde tal perspectiva supraindividualista, pues el Derecho también puede imponerse frente a una acción consumada²⁰.

Y tal defensa del ordenamiento jurídico podría ser alegado por cualquier ciudadano para actuar en legítima defensa, lo que conllevaría que la defensa frente a tal infracción aumentaría considerablemente la concepción de bienes defendibles²¹.

Finalmente, únicamente desde tal perspectiva, no se podría explicar la legítima defensa de terceros, la necesidad de proporcionalidad y la ausencia de un derecho defensa frente a agresiones inidóneas²².

La pena pública como consecuencia de la conducta del agredido debe ser proporcional al fin propuesto y establecida en un procedimiento formal, con todas las garantías del proceso. Mientras que la legítima defensa no es una pena, no se impone en un procedimiento formal, surge espontáneamente y no tiene por qué ser proporcional. Las teorías retribucionistas de la legítima defensa equiparan la respuesta del agredido al comportamiento del agresor, de la misma manera que lo haría el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, y aunque tales teorías persiguen el fin de la imposición de un castigo acorde a la gravedad del delito, no son capaces de argumentar convincentemente la ausencia de proporcionalidad en la legítima defensa, en la elección por parte del agredido de elegir entre los medios necesarios para la defensa, el menos lesivo para el agresor. Pues para estas teorías es moralmente aceptable que el agresor, como castigo al mal que ha intentado causar, deba tolerar las consecuencias negativas de la acción defensiva²³. Las teorías preventivistas encuentra en la legítima defensa un comportamiento preventivo a conductas antijurídicas, de tal forma que si el Estado no se encuentra presente para responder a tiempo frente a tales conductas, el agredido estaría facultado para responder frente a tal agresión, cumpliendo una

¹⁹ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

²⁰ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

²¹ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

²² PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 174.

²³ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 175.

función de prevención general y especial. Sin embargo, estas teorías se desentienden del requisito del agresor e instrumentalizan al agresor. Y aunque la legítima defensa no sea una pena, los daños sufridos sí deben ayudar a compensar su culpabilidad por los delitos que hubiera intentado cometer en la agresión. Estos daños sufridos por el agresor en la acción defensiva a causa de sus conductas dolosas o imprudentes, son parte del precio a soportar por tales acciones, de tal forma, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de individualizar la pena que le pudiera corresponder al agresor a modo de *poena naturalis*²⁴.

Para finalizar, el modelo de la fundamentación dualista de la legítima defensa aboga por la conjunción de las teorías individualistas y supraindividualistas, siendo la corriente dominante en el actual para fundamentar a la legítima defensa. Este modelo no es una teoría unitaria a la hora de fundamentar la legítima defensa, se trata más bien de una acumulación de diversos principios que se combinan, sin que haya un criterio armonizador entre todos ellos²⁵.

La protección de los bienes individuales y la defensa del Derecho se unen para dar lugar a la teoría del doble fundamento con su función de prevención especial y general.

Por una parte, la concepción individual, concebida como derecho *individual* originario, *vim vi repellere licet*, expresión extraída del Digesto de Justiniano, que quiere decir que es lícito repeler la violencia con violencia, de tal forma, que una persona que sufre una agresión injusta puede defenderse de ella a través del uso legítimo y proporcionado de la fuerza²⁶.

La STS 900/2022, 16 de noviembre de 2022, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo, explica claramente el fundamento individual de la legítima defensa, al compararlo con una situación de miedo insuperable:

“La STS 159/2010, de 26-2, considera que la legítima defensa absorbe al miedo insuperable en cuanto lo contrario sería utilizar doblemente un mismo elemento fáctico, sin duda existente, para apreciar, incorrectamente, dos circunstancias de exención incompleta de la responsabilidad distintas, ya que es el miedo a sufrir un mal mayor al ya padecido como consecuencia de la agresión de la que es víctima, el que se aloja en el fundamento mismo de la justificación de su conducta, ejerciendo una enérgica defensa de su persona. La

²⁴ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 175.

²⁵ PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006. Pág. 175.

²⁶ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 444.

legítima defensa no consiste precisamente en otra cosa que la reacción ante el temor fundado de ser objeto de un mal del que el sujeto pretende defensa”.

Por otra parte, el aspecto supraindividual, heredado del Derecho germánico, que fundamenta la legítima defensa en la necesidad de defensa del orden jurídico y Derecho frente a la agresión antijurídica. Pues el individuo a través de su acción defensiva, no se está únicamente defendiendo a sí mismo, sino a toda la comunidad²⁷.

Sin las tesis supraindividuales, se daría lugar a una equiparación entre los bienes del agresor y agredido, prevaleciendo el más fuerte, siendo totalmente injusto, pues el agresor niega el Derecho y el agredido con su defensa lo afirma. Por ello, siempre que se reúnan los requisitos de la legítima defensa, independientemente de los bienes del agresor y agredido, tal conducta estará justificada como acto defensivo legítimo²⁸.

Ambos aspectos fundamentan actualmente la legítima defensa. De tal forma, que el Código Penal haciendo alusión a la concepción individual, en el artículo 20 menciona bienes propios o ajenos, atendiendo así a bienes en el sentido de individuales, y no colectivos; dejando los bienes colectivos al margen de la legítima defensa, debido a los abusos a los que podría conllevar su alegación, y a la inseguridad jurídica que, en ocasiones, podría acarrear la interpretación de los requisitos para su aplicación²⁹.

Distinto de los bienes supraindividuales, son los bienes personales pertenecientes a personas jurídicas, como podría ser el Estado, los cuales sí podrán ser defendidos siempre y cuando posean el mismo carácter que los bienes de otras personas jurídicas, y no como bienes colectivos³⁰.

Por otra parte, tales bienes supraindividuales, sí podrán ser defendidos bajo el amparo de otro tipo de eximente, como el estado de necesidad o la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho³¹.

²⁷ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 445.

²⁸ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 445.

²⁹ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 445.

³⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 32

³¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 32

Finalmente, la STS 97/2022, 9 de febrero de 2022, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo recoge de la siguiente manera el doble fundamento de la legítima defensa:

“El motivo introduce una interesante y compleja cuestión normativa que obliga, para su adecuado análisis, a situarnos en el propio fundamento constitucional de la legítima defensa. Como es sabido este se encuentra en la necesidad, ante ataques injustos, de proteger los bienes jurídicos individuales y de garantizar la prevalencia del Derecho, entendido como instrumento de la adecuada ordenación de las relaciones sociales”.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA.

Expuesto el doble fundamento de la legítima defensa, se afirma que tal comportamiento es lícito e impune para el Derecho, pues el Derecho aprueba tal acción para la defensa del individuo y del conjunto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, aun siendo reconocida por el ordenamiento jurídico, queda la duda de saber qué tipo de conducta es.

La idea más aceptada es que estamos ante el ejercicio de un derecho, el derecho a defenderse de una agresión injusta, denominado como derecho a la legítima defensa³².

Por una parte, hay autores que defienden la legítima defensa como derecho originario, natural, inmutable, universal y ahistórico³³; derivado de la ley natural por el solo hecho de ser seres humanos, como derecho primario y congénito del instinto de supervivencia; y por lo tanto, no debe su existencia al reconocimiento de un Estado, pues ha existido en todos los lugares y todos los tiempos, como diría Geib: *“la legítima defensa no tiene historia”*³⁴.

Si bien es cierto que el instinto de conservación del ser humano sí es algo innato, como en cualquier ser vivo, no es menos cierto que conceder a la legítima defensa la categoría de derecho natural es exagerado. Más correcta es la posición de que se trata de un derecho derivado del ordenamiento jurídico estatal, y como tal, a él le debe su existencia, pues no hay más derechos que los reconocidos por la comunidad política³⁵.

Los partidarios de las teorías de derecho natural podrían continuar alegando que el derecho de defensa resurge cuando el Estado falla su deber de proteger al ciudadano, sin embargo, contra ello Janka argumenta que tal tesis se fundamenta en la concepción de Estado

³² LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 77.

³³ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 78.

³⁴ Citado por LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 80.

³⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 81.

contractual kantiano, donde el ciudadano hace una renuncia condicionada de su derecho de defensa al Estado³⁶.

Además, las notas de derecho como ahistórico o inmutable carecen de validez, como se verá en el siguiente punto, y aunque también se puede observar en cualquier legislación de cualquier Estado, es debido a que la regulación legislativa de tal derecho ha sufrido numerosos cambios históricos, y como dice Schroeder, la amplia concesión del derecho a la legítima defensa en el Derecho vigente es tan solo el producto de un reciente desarrollo³⁷.

Argumentados los motivos de que estamos ante un derecho otorgado por el orden jurídico al particular, la siguiente cuestión a resolver es si estamos ante un derecho subjetivo o un derecho público. Los defensores de la legítima defensa como derecho subjetivo alegan que se trata de una facultad entre dos particulares, que se puede ejercer en una situación determinada. Sin embargo, esta concepción es errónea, pues se estaría dando lugar un traspaso de un concepto de Derecho público al Derecho privado, y como dice Binding, *“el derecho de la legítima defensa es, como todos los derechos de empleo de fuerza coactiva, un derecho público”*³⁸.

Otros autores entienden la legítima defensa como el ejercicio de un derecho en concreto, es decir, al obrar en defensa de un derecho en particular, el agredido estaría ejercitado mediante la defensa tal derecho; siendo la legítima defensa el ejercicio del derecho defendido por parte del agredido. De modo que identifican la legítima defensa con la causa de justificación del ejercicio de un derecho³⁹.

Ahora bien, esta concepción de la legítima defensa supone una mayor privatización de tal derecho que lo argumentado previamente. Igualmente, no es cierto que en el ejercicio de un derecho, como podría ser el de la propiedad, entre dentro de sus facultades el poder lesionar a alguien. Y, el ejercicio de un derecho y la legítima defensa son dos causas de justificación diferentes, ambas reconocidas en el ordenamiento jurídico⁴⁰.

³⁶ Citado por LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 81

³⁷ Citado por LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 82.

³⁸ Citado por LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 84.

³⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 84.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 86.

Por otra parte, la defensa como facultad no debe llevar a la confusión de la legítima defensa con un derecho subjetivo. Identificar el derecho a la legítima defensa con la facultad de legítima defensa supone decir lo mismo⁴¹.

Continuando con la naturaleza de la legítima defensa, el siguiente debate es aclarar si se trata tan solo de una facultad, o la vez, también es un deber. La respuesta es sencilla, pues el ordenamiento jurídico no impone ninguna obligación, ni sanciona al agredido por no defenderse, y aunque tal conducta es preferida y estimulada por el ordenamiento jurídico, es en última instancia el agredido el que decide emplear la defensa o no. Solo este debate tiene cabida en la defensa de terceros, donde se impone el deber de ejercerla a cambio de no ser sancionado por un delito de omisión por el ordenamiento jurídico. De manera que la legítima defensa y el cumplimiento de un deber son eximentes autónomas⁴².

A pesar de ser un derecho reconocido en la ley, la conducta de quien actúa en defensa propia puede lesionar bienes de otra persona, encaja en un tipo de delito, y por lo tanto, sería una acción antijurídica. En cambio, al ser legítima la defensa, ésta es conforme a Derecho, no es antijurídica, está justificada. Al ser una conducta a la que la han desposeído de la característica de antijuricidad, ésta tampoco es una conducta responsable. En definitiva, la legítima defensa es una causa de exclusión de la antijuricidad, una causa de justificación⁴³.

La primera de las consecuencias de ser una causa de justificación, es que ante la legítima defensa no cabe obrar en legítima defensa. Es decir, al obrar en legítima defensa se estaría obrando lícitamente, por lo que no puede constituir la legítima defensa una agresión ilegítima, y por lo tanto, no se puede responder alegando legítima defensa⁴⁴.

En segundo lugar, la participación en la legítima defensa supone ayudar a realizar algo permitido por el ordenamiento jurídico, por lo que su participación es lícita, y en último término, impune. En el mismo orden de cosas, de la participación deriva la defensa de terceros, siendo igualmente lícita porque consiste en la defensa del orden jurídico y del bien jurídico agredido de la agresión ilegítima⁴⁵.

⁴¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 86.

⁴² LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 87.

⁴³ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 92.

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 101.

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 101.

Y en tercer lugar, la legítima defensa exime tanto de la responsabilidad penal como de la civil. Tal aspecto no es extensible a otras causas de justificación, como podría ser el estado de necesidad, donde si se origina responsabilidad civil, pero no penal⁴⁶.

Por último, en relación a la naturaleza jurídica de la legítima defensa, queda por resolver si estamos ante una causa de justificación de la acción o del resultado, es decir, si no existe el desvalor de la acción o desaparece el desvalor del resultado⁴⁷.

Hablar de justificación de la acción conlleva justificar tanto la acción de la defensa, como el resultado de ella. Una defensa que ha sido plenamente intencionada y que da lugar, prima facie, a un resultado antijurídico, siendo éste, el daño o la lesión del agresor, y estando tanto la acción como el resultado justificados e impunes⁴⁸.

Si consideramos la justificación únicamente del resultado, la lesión o el daño del agresor; éste sería conforme a Derecho. Cuando el agresor ataca a los bienes del agredido, está perdiendo la protección jurídica de sus propios bienes, por lo que la lesión que éstos pudieran sufrir estrictamente en la defensa del agredido, está siendo justificada. Sin embargo, subsistiría el desvalor de la acción si el agredido actuara desconociendo los presupuestos objetivos para la legítima defensa, en consecuencia, el desvalor del resultado podría estar justificado, y no el de la acción⁴⁹.

En definitiva, el resultado no es antijurídico porque los bienes del agresor no están jurídicamente protegidos y el resultado conseguido es la defensa de bienes jurídicamente protegidos, siendo la legítima defensa una causa de justificación del desvalor del resultado⁵⁰.

3.3. REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: EVOLUCIÓN Y DESARROLLO.

La legítima defensa nace del instinto de autoconservación frente a un ataque ajeno, y tal idea se ha plasmado en los ordenamientos jurídicos de las distintas civilizaciones a lo largo de la historia.

Éste es el primigenio fundamento que da lugar a su nacimiento, pero es necesario una regulación más exhaustiva y precisa a la hora de reconocer este derecho, que como se

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 103.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 104.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 105.

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 106.

⁵⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 108.

verá a continuación, la idea es la misma pero sus características pueden variar, siendo en ocasiones la defensa más restrictiva o más amplia.

Centrándonos en el panorama nacional, el Código Penal de 1822, primer Código Penal español, regula la legítima defensa en relación a ciertos delitos, como el de homicidio, heridas o malos tratos, pero sin configurarla como una eximente de carácter general, tal como se puede ver en su artículo 621 en relación al delito de homicidio⁵¹.

“No estará sujeto á pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes: Primero: en el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, ó de la de otra persona contra una agresión injusta, en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla...”⁵².

Es en el Código Penal de 1848 cuando se configura por primera vez como causa exclusión de responsabilidad penal frente a cualquier delito en su artículo 8, apartados 4º, 5º y 6º⁵³.

“Están exentos de responsabilidad criminal:
...

4.º El que obra en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirle ó repelerle.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuge ó hermanos, de los afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

⁵¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 520.

⁵² BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Pág. 144.

⁵³ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 520.

6.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el núm. 4.º, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo”⁵⁴.

Destaca la división de la legítima defensa en tres apartados diferentes para regular la defensa propia, la de parientes y la de extraños, en contraposición a la regulación actual que aborda la fórmula de defensa propia o ajena.

En cada uno de los apartados los requisitos difieren. En el 4º, para la defensa propia es necesaria una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente. En el 5º, en la defensa de parientes se mantienen los requisitos en la agresión y medio empleado, pero difiere en que no es preceptiva la falta de provocación suficiente, bastando no haber participado en ella el defensor. Y en el 6º, se diferencia de las anteriores en que requería ausencia de venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo en el defensor, en lugar del requisito de falta de provocación. Tal redacción se repite en los Códigos Penales de 1850 y 1870.

En el Código Penal de 1928, se mantiene el esquema en la división de la defensa propia, de sus parientes y de extraños, pero con importantes peculiaridades, como se puede observar de la lectura del artículo 58:

“No delinquen:

1.ª El que obra en defensa de su persona, honra o propiedad, siempre que concurren los requisitos de: 1.º, agresión ilegítima actual inevitable; 2.º, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3.º, falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Para que la defensa de la propiedad sea legítima es condición que el ataque a los bienes constituya delito, según este Código, y los ponga en grave peligro.

Así ha de entenderse en los casos de defensa del domicilio propio contra el ladrón, y contra quien de noche penetre en él sin consentimiento, o en las dependencias del domicilio, si es con empleo de ganzúas o llaves falsas, fractura o escalamiento, y siempre en el caso de incendio, explosión o inundación intencionales.

2.º El que obra en defensa de la persona, honra o propiedad de su cónyuge, ascendientes, descendientes, o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados, y de sus

⁵⁴ BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I.* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Pág. 201.

consanguíneos, hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.

3.º El que obra en defensa de la persona, honra o propiedad de un extraño, cuando concurrieren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número primero y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”⁵⁵.

En primer lugar, se incluía la legítima defensa dentro de las causas de justificación en sentido estricto, a diferencia de la regulación anterior que la ubicaba bajo las causas que eximen la responsabilidad penal⁵⁶.

En segundo lugar, la agresión, además de ser ilegítima, debe ser actual e inevitable.

En tercer lugar, restringe los bienes defendibles a la persona, el honor y la propiedad; exigiendo que el ataque a la propiedad constituya delito, según tal Código, y los ponga en grave peligro, exponiendo a continuación ejemplos de ello.

Y por último, en el artículo 59, introduce una justificación al exceso de defensa cuando ésta tuviera lugar como consecuencia del terror, o del arrebato y obcecación del momento⁵⁷:

“El exceso en la legítima defensa no será punible cuando, resulte del terror, o del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, las del lugar en que se efectúe y las personales del agresor y agredido”⁵⁸.

El Código Penal de 1932, en su artículo 8, en sus apartados 4º, 5º y 6º, volvería a la redacción del Código Penal de 1870, pero siguiendo encuadrada como causa de justificación.

Por su parte, el Código Penal de 1944 recuperaría la sistemática del de 1928, regulándose en su artículo 8, apartados 4º a 6º:

⁵⁵ BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen II*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Pág. 791.

⁵⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 521.

⁵⁷ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 521.

⁵⁸ BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen II*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Pág. 792.

“4.º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

En caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario.

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

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5.º El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.

6.º El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren la primera y la segunda circunstancias prescritas en el núm. 4.º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”⁵⁹.

Sin embargo, se diferencia de la regulación de 1928 en que restringe la defensa a bienes patrimoniales y a la morada, pues elimina la defensa a la honra; y respecto a la morada, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario, redacción muy parecida a la actual⁶⁰.

El Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, mantiene la redacción del Código Penal de 1944, regulándose en su artículo 8, apartados 4º a 6º.

En 1972 se elabora el Anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal, con el objetivo, entre otros, de simplificar la regulación de la legítima defensa, recomendando

⁵⁹ BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen II*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022. Pág. 1278.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 521.

refundir en una única fórmula “la defensa de la persona o derechos propios o de otro” y suprimiendo toda referencia a la defensa de bienes y a la morada⁶¹.

En 1978, con la instauración del sistema democrático y la aprobación de la Constitución, surge el afán de desarrollar un Código Penal renovado y acorde a las nuevas transformaciones político-culturales de la época, desembocando en la LO 8/1983⁶².

La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, simplificó la redacción de la legítima defensa, unificando los tres apartados, suprimiendo el inciso de durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario en la agresión a la morada, y, manteniendo las definiciones restrictivas de la agresión y de la agresión a los bienes patrimoniales, para dar lugar a la redacción actual del Código Penal de 1995, con las únicas modificaciones desde entonces por la introducción y posterior eliminación de las faltas, siendo el artículo 20, apartado 4º ⁶³:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

...

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

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

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

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”⁶⁴.

4. BIENES JUÍRIDOS PROTEGIBLES.

⁶¹ IGLESIAS RÍO, MIGUEL A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. 1999. Pág. 231.

⁶² IGLESIAS RÍO, MIGUEL A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. 1999. Pág. 231.

⁶³ IGLESIAS RÍO, MIGUEL A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. 1999. Pág. 231.

⁶⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículo 20.4.

El artículo 20.4 del Código Penal a la hora de establecer la referencia de “*persona o derechos propios o ajenos*” en el momento de obrar en defensa, quiere establecer que se está reconociendo la legítima defensa de bienes jurídicos personales, aquellos pertenecientes a la persona considerada individualmente⁶⁵.

Los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, aquellos que pertenecen al conjunto de la comunidad, como puede ser el orden público, quedan excluidos de la legítima defensa.

Esto es debido a lo peligrosa o inidónea que podría ser la intervención de un particular, a la inseguridad jurídica que podría acarrear la interpretación de los requisitos para su aplicación, así como a su menor necesidad de protección. Pues la legítima defensa opera de manera subsidiaria cuando el Estado no puede ofrecer una solución al conflicto para la protección de los bienes dada la inminencia y la irrevocabilidad del daño. Para asegurar la defensa de tales bienes, el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos para dichas situaciones, como podrían ser el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho⁶⁶.

Comenzando el análisis de los bienes jurídicos personales, en nuestro ordenamiento, agresión ilegítima equivale a agresión típica y antijurídica, por lo que, frente a agresiones antijurídicas a bienes no penalmente protegidos, no cabe la legítima defensa, pero sí otras causas de justificación como el estado de necesidad.

Tal como expresa el artículo 20.4, el ataque a los bienes debe constituir un delito, y a su vez, la agresión a los bienes debe ser de tal entidad, “*los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes*”, para que se pueda justificar la antijuricidad de la acción defensiva. Lo que se desea conseguir con estos requisitos es limitar el principio de prevalencia del Derecho, no permitiendo la legítima defensa más que frente a agresiones muy graves a bienes jurídicos muy valiosos⁶⁷.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 539.

⁶⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 32.

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. 2022. Pág. 298.

En sentido contrario, las agresiones destinadas a derechos, que no afecten a bienes, no han de ser necesariamente atacadas por acciones que sean infracciones penales⁶⁸.

Partiendo de tal limitación, los bienes jurídicos que pueden ser protegidos son aquellos que cabe su posesión, a diferencia de las meras pretensiones, las expectativas o los derechos de crédito que en el momento de la agresión no se poseen; siendo irrelevante para su defensa que sean reparables o irreparables⁶⁹.

Son legalmente defendibles los bienes personales como la vida, la integridad, la salud, la libertad, la inviolabilidad de la morada, los derechos familiares, patrimoniales y cívicos, el honor, etc. En cambio, al no estar penalmente protegidos frente a una concreta forma de ataque, no serían defendibles en legítima defensa las agresiones atípicas a la libertad, indemnidad sexual, la libertad de la voluntad, la propia imagen, la tranquilidad, etc.⁷⁰.

Respecto a las personas jurídicas, también pueden ser defendidos los bienes privados de los cuales sean titulares, como podría ser el patrimonio de una sociedad, pues también son personas. En tal concepto entraría el Estado con los mismos requisitos y derechos que cualquier persona jurídica⁷¹.

El primer problema debido a la referencia de la persona, en la redacción del artículo, es la defensa de la vida en formación. Es un bien constitucionalmente protegido, cuyo titular es el concebido, el cual aún no es una persona. Cuando la agresión al feto afectase también a la madre, se podría dar una defensa mediata del feto, donde no habría ningún problema respecto a la legítima defensa. Sin embargo, la problemática proviene de cuando la agresión afectase solo al feto, y no a la madre. La solución a tal problema sería, bien reformar el artículo 20.4, o bien, aplicar el estado de necesidad defensivo en términos amplios, análogos a la legítima defensa⁷².

De la igual manera que no se protege individualmente al feto, para la defensa de los animales, ante actos de crueldad, debe recurrirse al estado de necesidad⁷³.

⁶⁸ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 452.

⁶⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 537.

⁷⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 537

⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 32.

⁷² MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 33.

⁷³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 33.

Respecto a la defensa de la morada y sus dependencias, el Código Penal enuncia que “*se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas*”, donde la expresión “*se reputará*”, haciendo una interpretación restrictiva, apunta que sólo es agresión ilegítima la entrada indebida, no la permanencia indebida. Esta limitación se debe a que la entrada indebida tiene un efecto sobre la intimidad muy superior a la permanencia, y en la gran mayoría de los casos, es una acción instrumental para la comisión de otros delitos contra la vida, la salud, el patrimonio... Además, el ejercicio del derecho de exclusión no tiene lugar siempre frente a la permanencia indebida, a diferencia de la entrada indebida, donde siempre es oponible. Y en último lugar, el reconocimiento de la legítima defensa a la permanencia indebida podría ser utilizado para encubrir otros delitos cometidos por el morador contra el falso allanador, siendo difícil mostrar lo que verdaderamente aconteció⁷⁴.

5. PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

La legítima defensa consta de tres elementos:

- 1) Agresión ilegítima.
- 2) Defensa necesaria.
- 3) Que la agresión no haya sido provocada por el defensor.

5.1. AGRESIÓN ILEGÍTIMA.

5.1.1. Agresión.

Es el elemento característico de la legítima defensa que la permite distinguir de otras causas de justificación de carácter defensivo o agresivo de personas y derechos. A la legítima defensa se le permite un carácter de actuación más amplio que en cualquier otra circunstancia dada la ilegitimidad de la agresión frente a la cual se reacciona de forma antijurídica. Tal requisito es esencial para catalogar la actuación como causa eximente de responsabilidad penal, pues si ésta no existiera o no fuera actual, daría lugar a un exceso extensivo de la

⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 33.

legítima defensa, que impediría apreciar la legítima defensa de forma completa como incompleta⁷⁵.

La agresión tradicionalmente se ha concebido como un acontecimiento físico y violento contra la persona, de tal modo, que solo serían defendibles la vida e integridad. Quedando la defensa de los demás bienes jurídicos restringida al amparo de que tal agresión afectara también a la persona⁷⁶.

Frente a tal concepción, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han evolucionado para entender la agresión, no como un simple hecho de fuerza, sino como un acto contrario a Derecho, donde se pueden atacar tanto bienes materiales como inmateriales, lo que ha permitido la defensa de bienes inmateriales como el honor. Pese a ello, se sigue exigiendo un acto de fuerza que pueda dañar tales bienes, de forma que los supuestos de tentativa inidónea, o donde el bien está totalmente protegido, no constituyen supuestos de agresión⁷⁷.

Definiendo de esta manera agresión la STS 92/1998, 29 de enero de 1998, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“Atendiendo al examen de los requisitos integrantes de la legítima defensa ha de precisarse que la agresión ilegítima se identifica con cualquier acto incisivo y amenazante cerniente sobre el sujeto y que tiende a poner en peligro o a lesionar el interés jurídicamente protegido de su vida, integridad física o bienes o derechos que le pertenecen o le son ínsitos”.

O más extensamente, la STS 1708/2003, 18 de diciembre de 2003, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“Por agresión debe entenderse "toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles", creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un "acto físico o de fuerza o acometiendo material ofensivo" pero también "cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato", como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea

⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 22.

⁷⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 527.

⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU / MIR PUIG, SANTIAGO, *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 116.

inminente. Según la sentencia de 30 de marzo de 1993, "constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes".

Respecto al honor la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 49/2003, 18 de marzo de 2003, reconoce el derecho a la legítima defensa respecto al honor, siempre y cuando se haga dentro de los límites de la racionalidad:

"Para el examen de la alegada circunstancia modificativa de legítima defensa, hemos de partir del hecho probado de que el Sr. Iván arrojó al Sr. Víctor su cazadora con una cadena de eslabones dentro después de recibir los dos navajazos, de modo que la única agresión ilegítima que justificaría la eximente sería contra el honor del acusado, con motivo de hallar éste en su domicilio a su mujer y a su amante.

Baste decir que huelgan planteamientos sobre la proporcionalidad del supuesto acto defensivo, pues antes de ello, resulta evidente la falta de necesidad racional del medio empleado para repeler la invocada agresión al honor. Entraría dentro de los medios admisibles en nuestro entorno social reaccionar con un insulto, incluso con un empujón para sacar al amante del domicilio conyugal, pero el alegado ataque al honor ni se impedía ni se repelía metiéndole dos navajazos al intruso; eso es venganza, no defensa legítima. El ultraje ya se habría producido, y no puede admitirse como medio de restitución del honor, del derecho agredido, el acuchillamiento del agresor; no es una cuestión de proporcionalidad de medios, sino de necesidad".

Por su parte, la STS 1406/2007, 18 de julio de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo, reconoce, en primer lugar, la legítima defensa al honor individualmente considerado; y, en segundo lugar, estima la defensa mediata del honor, cuando tal amenaza pudiera significar una agresión a otros bienes:

"En cualquier caso, aunque esta Sala en algunas ocasiones ha estimado legítima defensa frente a los ataques indebidos al honor, ello habría requerido que de los insultos se desprendiera una amenaza velada que hiciera prever la alta probabilidad de una subsiguiente agresión física de la que se defiende el sujeto y, por ende, una situación de riesgo para la integridad física de la persona que legitime así su violenta reacción, lo que tampoco acontece en el presente caso".

Tal concepción de acto contrario a Derecho, y no necesariamente físico, ha permitido admitir la defensa de los derechos y de la persona, pues de lo contrario sería imposible defender aisladamente derechos. Actualmente se configuran como dos alternativas

igualmente defendibles y que pueden suceder de manera independiente la una de la otra, dando como resultado una interpretación más acorde al enunciado de la ley⁷⁸.

La agresión requiere una acción humana que sea controlada por la voluntad del que la realiza. En los casos en los que hay ausencia de voluntad, tales como la fuerza irresistible, inconsciencia, hipnosis, movimientos reflejos, etc., no cabe legítima defensa contra ellos, solo estado de necesidad⁷⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, ante tales situaciones de falta de voluntad, no hay ninguna actuación que permita una defensa proporcional donde el mal causado sea mayor que el que se trate de evitar. El ordenamiento jurídico alemán concibe el “*estado de necesidad defensivo*”, para poder reaccionar ante peligros de animales o cosas, y salvar el bien jurídico protegido, permitiendo causar un mal mayor al que se trata de evitar, pero dentro de los límites de la proporcionalidad. Para salvar estas situaciones, la solución pasaría por legislar el estado de necesidad defensivo, o bien, aplicar el estado de necesidad defensivo en términos amplios y análogos a la legítima defensa⁸⁰.

La omisión, entendida como la exigencia de acción humana equivale a conducta humana, puede ser una agresión. Es decir, una agresión no simplemente consiste en un comportamiento activo humano, sino también puede ser una omisión cuando pone en peligro bienes jurídicos particulares, siendo intrascendente la modalidad de la omisión⁸¹.

En estos términos, una agresión omisiva consistiría en incumplir el deber de realizar un acto para evitar la lesión del bien jurídico protegible. Siendo, en la mayoría de los casos la reacción defensiva, la realización por parte del defensor de la conducta omitida, aunque ello produzca la lesión de los bienes omitente⁸².

Otro supuesto de defensa podría ser la actuación sobre la propia persona del omitente. En situaciones donde solo la conducta activa del omitente puede evitar la lesión, estaría justificado forzar su actuación mediante coacción⁸³.

⁷⁸ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 447.

⁷⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 528.

⁸⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 528.

⁸¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 529.

⁸² MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 23.

⁸³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 23.

Más controvertida es la consideración de la omisión simple de un no garante como una agresión. Pues, aunque el garante no es el responsable de la lesión del bien jurídico, de igual manera que en la comisión por omisión, el deber del garante es evitar la lesión. En conclusión, la solución no es única, y deber ser analizada en cada caso en concreto, no siendo posible admitir de manera generalizada la omisión simple de un no garante como una agresión ilegítima, debiendo en ocasiones recurrir al estado de necesidad y en otras la legítima defensa⁸⁴.

La siguiente característica que debe reunir la agresión para que sea ilegítima es el propósito lesivo. Es necesario que tal agresión sea un comportamiento humano voluntario con el objetivo de causar un daño al agredido, es decir, una agresión dolosa⁸⁵.

Tal calificativo de actuación dolosa lleva a cuestionarse si es oponible la legítima defensa ante una actuación imprudente. Bien es cierto que una conducta imprudente igualmente puede consistir en una agresión, pues no son términos incompatibles, pero a su vez difícilmente conciliables, pues del propio término agresión implica cierta voluntad de lesionar. No obstante, el propósito de la legítima defensa es la intimidación del agresor para cesar la situación amenazante de los bienes jurídicos particulares, y en una situación de imprudencia, tal efecto no se puede desplegar, quedando reducida la legítima defensa a agresiones dolosas, siendo la solución a tales agresiones imprudentes, el estado de necesidad defensivo⁸⁶.

5.1.2. Ilegítima.

La ilegitimidad de la agresión es el elemento que permite diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad defensivo. Tal concepto es definido a través de tres posiciones básicas:

- El término ilegítimo equivale a desvalor de resultado, siendo ilegítima toda agresión no se tenga el deber jurídico de soportar. Es la interpretación más extensiva, dando a la ilegitimidad una concepción puramente objetiva. Tal interpretación abarcaría tanto a la agresiones típicas y no justificadas; a las acciones atípicas, que, sin superar el riesgo permitido, fueran lesivas; así como, a

⁸⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 23.

⁸⁵ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 448.

⁸⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 530.

los movimientos involuntarios como actos reflejos, en estado de sonambulismo; y las agresiones procedentes de animales, cosas o fenómenos naturales⁸⁷.

- La segunda interpretación, más restrictiva que la anterior, identifica las agresiones ilegítimas con agresiones antijurídicas, incluyendo las no penalmente típicas⁸⁸.
- Y por último, la posición más restrictiva, exigiendo que la agresión, además de antijurídica, sea culpable⁸⁹.

La primera concepción es totalmente incompatible con la redacción del artículo 20.4 del Código Penal, y no ostenta justificación alguna. Parte una interpretación errónea del concepto de antijuricidad, ampliando en exceso su alcance, y solo se preocupa de la necesidad de protección del bien jurídico. Además, deja sin fundamento al estado de necesidad, y se deshace del fundamento supraindividual de la legítima defensa⁹⁰.

La tipicidad no es una característica identificadora de la ilegitimidad de la agresión. Es posible defenderse ante agresiones ilícitas en legítima defensa, aunque no sean delitos, pues lo fundamental es que la conducta sea contraria a la ley. A su vez, existen agresiones delictivas, como la tentativa inidónea, donde no cabe legítima defensa⁹¹.

No obstante, de la literalidad del artículo 20.4 del Código Penal se desprende que el ataque a bienes si debe consistir en un delito, en consecuencia, al no haber una referencia expresa a las agresiones destinadas a derechos, que no afecten a bienes, no han de ser necesariamente infracciones penales⁹².

Las acciones atípicas lesivas, que no superan el riesgo permitido, no son contrarias a ley, pues no encajan en un tipo legal de delito⁹³.

⁸⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 25.

⁸⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 25.

⁸⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 25.

⁹⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 27.

⁹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 27.

⁹² MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 449.

⁹³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 27.

Los peligros procedentes de movimientos involuntarios, animales, cosas y fenómenos naturales no son agresiones, pues no provienen de una acción, y por lo tanto, no son antijurídicas, por lo que la respuesta a tales ataques es el estado de necesidad defensivo⁹⁴.

Sin embargo, cuando el animal o cosa sea utilizado como instrumento para cometer una agresión por parte de una persona, si ésta no fuera el dueño de tal animal o cosa, no cabría alegar legítima defensa frente a ellos, pues como bienes jurídicos que son, éstos no pertenecen al agresor; tan solo en el supuesto de que sí fuera su dueño, cabría legítima defensa⁹⁵.

La segunda concepción es la actualmente aceptada por la doctrina y los tribunales. Define el concepto de antijuricidad como contrario a Derecho, identificando toda agresión ilegítima como antijurídica⁹⁶.

Este pensamiento prescinde de la culpabilidad o no del agresor, tratando de la misma manera al agresor que es responsable de su agresión como al que no. Se justifica la actuación en legítima defensa frente al agresor culpable, en que este agresor es el responsable de tal agresión, y la ha podido impedir absteniéndose de realizarla, de forma que el Derecho se inclina por los derechos del agredido⁹⁷.

Sin embargo, es difícil justificar la legítima defensa cuando el agresor no es culpable, actúa de manera no reprochable, por lo que no hay necesidad de hacer prevalecer el derecho del agredido, ya que no había voluntariedad de casuar daño al agredido⁹⁸.

De tal crítica, surgen los planteamientos que exigen que la agresión, además de antijurídica, sea culpable. Acotando la agresión ilegítima a la realizada por culpables, no surgirían problemas para justificar la dureza de la defensa y su carácter intimidatorio. La solución pasa por reformar la ley, mientras que, actualmente ante tales situaciones, es necesario recurrir al estado de necesidad defensivo⁹⁹.

⁹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 26.

⁹⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 532.

⁹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 25.

⁹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 25.

⁹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 26.

⁹⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 533.

Continuando con el análisis, una agresión amparada por una causa de justificación, ya sea del resultado o de la acción, no es contraria a Derecho, no es antijurídica, en conclusión, al no ser una agresión ilegítima no cabría actuar en legítima defensa. Sin embargo, frente a las agresiones amparadas por una casusa de justificación de la acción, que pueden producir un resultado lesivo, se puede alegar estado de necesidad defensivo¹⁰⁰.

5.1.3. Riña mutua y libremente aceptada.

La riña mutua y libremente aceptada es la situación de combate donde todas las personas que intervienen tratan de causar daño a los demás y aceptan el daño que puedan recibir; por tanto, es una situación de agresión recíproca donde todos los actores ocupan las posiciones de agresor y agredido mediante la aceptación de la lucha.

La jurisprudencia niega que la riña mutua y libremente aceptada sea compatible con la legítima defensa debido a:

- Ausencia del requisito esencial de agresión ilegítima, pues la situación de riña es consentida por ambas partes.
- Inexistencia de un *animus defendendi* para evitar la situación de agresión, pues las partes que intervienen en la riña lo hacen con el objetivo último de causar daño a la otra parte.

Para ambas situaciones hay abundante jurisprudencia, mencionando como primer ejemplo referido a la inexistencia de agresión ilegítima la STS 513/2014, 13 de febrero de 2014, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo donde enuncia:

“La doctrina reiterada de esta Sala, y así se señala en la STS nº 363/2004, de 17 de marzo, ha estimado que " no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada «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 -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» (STS núm. 149/2003, de 4 febrero) ".

¹⁰⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 532.

Respecto al supuesto de ánimo defensivo para repeler la agresión la STS 932/2007, 21 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo enuncia:

“En efecto debemos recordar, siguiendo la doctrina sentada en las SSTs. 1262/2006 de 28.12 y 544/2007 de 21.6 , que esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un "ánimus defendendi" que, como ya dijo la STS. 2.10.81, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor ("animus necandi o laedendi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

El agente debe obrar en "estado" o "situación defensiva", vale decir en "estado de necesidad defensiva", necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la STS. 1760/2000 de 16.11, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.”

Mencionada sentencia aclara que en una situación de riña mutua y libremente aceptada no se reúnen los requisitos necesarios para apreciar la legítima defensa debido a que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la legítima defensa recíproca, pues aunque la acción sirva para la defensa propia al tratar de repeler o neutralizar la agresión del contrincante, el ánimo exclusivo de tal conducta es la de causar un daño a la contraparte.

“Y respecto a las situaciones de riña, la jurisprudencia, de forma constante viene declarando que en la situación de riña mutuamente aceptada no cabe apreciar para los contendientes las circunstancias de legítima defensa, al no haber en nuestro derecho la pretendida "legítima defensa recíproca" y ello en razón a constituirse aquellas en recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un "animus" exclusivamente defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes, que de las palabras pasan a los hechos, generándose consecuencias lesivas, no como actuación exclusivamente paralizante o neutralizadora del acometimiento injusto o inesperado del adversario, sino como incidentes desprovistos de la estructura causal y racional que justifica la reacción de fuerza del acometido sin motivo, entendiéndose por riña o reyerta una

situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan, tras las palabras insolentes, afrentosas u ofensivas en las peligrosas vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra.”

En conclusión, para que la riña mutua y libremente aceptada de lugar a la exclusión de la legítima defensa es necesario el consentimiento de las partes para el nacimiento de la agresión y, además, es necesario que ambas partes actúen con un ánimo de querer causar un mal a la otra parte.

Por lo tanto, si alguno de los sujetos no manifiesta su consentimiento de querer involucrarse en la agresión, por mucho que se pueda prever que el transcurrir de tal persona por algún determinado lugar pueda desembocar en altas probabilidades de dar lugar a una agresión contra su persona, no se le podría negar la legítima defensa debido a que en ningún momento ha aceptado la riña¹⁰¹.

Situación distinta es cuando la riña ha sido aceptada libremente, pero sin embargo, el contendiente actúa únicamente en defensa propia, sin ánimo de lesionar a la otra parte, dentro de los límites de la necesidad defensiva. En tal situación, si hay una verdadera defensa racional motivada por una agresión, no obstante, tal agresión nace como consecuencia de la actitud del agredido, por lo que no se observaría el requisito no esencial de falta de provocación suficiente, debiendo estimarse una legítima defensa como una causa eximente incompleta de la responsabilidad penal¹⁰².

Por último, en el transcurso de una riña mutua y libremente aceptada puede tener lugar un cambio sustancial de las circunstancias iniciales, de tal forma que alguno de los contendientes se enfrente a nuevos factores no consentidos que anteriormente no controlaba, y, que supongan un desequilibrio en las fuerzas de los contendientes. En tal situación, el contendiente que se encuentra en una situación de inferioridad si podría tener reconocida una legítima defensa incompleta, si reaccionase con una verdadera voluntad de defenderse, siempre y cuando la defensa sea racional¹⁰³.

¹⁰¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 578.

¹⁰² CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008. Pág. 777.

¹⁰³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 28.

Para finalizar la cuestión de la riña, cada caso determinado deber ser sometido a un análisis individualizado, pues los límites entre las situaciones anteriormente expuestas son difusos, así como las soluciones en que pueden desembocar cada caso en concreto.

5.1.4. Actualidad de la agresión. Comienzo y fin de la agresión. Exceso extensivo.

La redacción del art. 20.4 del Código Penal no hace ninguna referencia acerca del momento temporal en el que deba producirse la agresión para poder ser repelida; a pesar de ello, se deduce que ésta debe ser actual, es decir, la agresión debe haber comenzado y no cesado para poder actuar en legítima defensa¹⁰⁴.

Mientras que agredir consiste en poner en peligro, y defender es salvar un peligro, el nexo de unión entre estos dos sucesos que permite actuar en legítima defensa es la actualidad. Fuera de este contexto estaríamos haciendo un uso extensivo de la legítima defensa, por ello es fundamental determinar el comienzo y fin de la agresión.

Es decir, la agresión ilegítima como puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos debe aparecer a consecuencia de una acción actual, inminente, real, directa, injusta, inmotivada e imprevista, que vaya acompañada de la racional convicción de un peligro real inmediato¹⁰⁵.

De tal forma, que la legítima defensa excluye la agresión cuando esta no acontece de las notas de actualidad o inminencia.

Así pues, el término actual implica que la agresión ha comenzado y no ha concluido. Una vez que la agresión ha cesado, y no hay más peligro, no se puede actuar en legítima defensa debido a que la finalidad de ésta es impedir o repeler el ataque. A partir de tal momento, toda reacción hacia el agresor sería exceso extensivo de la legítima defensa, como podría ser la venganza, retorsión o lesión debida a un error, encontrándonos en una situación donde al faltar los requisitos esenciales de agresión y defensa, no cabría ni eximente completa ni incompleta¹⁰⁶.

Por su parte, inminencia es aquella situación la que la agresión no ha comenzado, pero sí han comenzado los actos preparatorios para acontecerla, de manera semejante al

¹⁰⁴ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 450.

¹⁰⁵ STS 1252/2001, 26 de junio de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.

¹⁰⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 542.

comienzo de la tentativa. Se requiere percibir una actitud de inminente ataque o una clara intención agresiva inmediata, como ocurre con actitudes amenazadoras, siempre y cuando las circunstancias que las acompañen generen temor de que se desencadene una agresión y demanden una reacción apropiada¹⁰⁷.

A consecuencia de tal agresión inminente, se permite anticipar una respuesta defensiva; pues de lo contrario, ante la demora, se correría el riesgo de que la defensa deviniera ineficaz¹⁰⁸.

Parecido a la inminencia es la situación de la defensa preventiva, donde se efectúa la acción defensiva antes de dar el comienzo la agresión; sin embargo, aquí solo hay una hipótesis o posibilidad de agresión, que de producirse, será indefendible o menos defendible, pero en ningún caso acontece la certeza de la agresión como en el ámbito de la inminencia. El supuesto no sería considerado legítima defensa, pudiendo dar lugar a un exceso extensivo ex ante a la agresión y no cabría ni eximente completa ni incompleta¹⁰⁹.

Tales conceptos de actualidad, inminencia y actos preparatorios en relación con el momento de llevar a cabo la defensa, los delimita correctamente la STS 97/2022, 9 de febrero de 2022, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“Para identificar qué derecho debe prevalecer en el caso concreto, justificando la lesión de otro que puede tener igual o incluso superior relevancia inconstitucional, la norma penal fija un rígido programa de condiciones materiales. La primera, que actúa, a su vez, como presupuesto "sine qua non", reclama la existencia de una agresión ilegítima por parte de un tercero. La cual, además, ha de reunir determinadas notas calificatorias como su actualidad, su antijuricidad y una "tasa" significativa de intensidad. En efecto, la agresión, como desencadenante del proceso defensivo, debe permitir observar o identificar en el agredido un peligro actual y no evitable de otro modo que mediante la acción defensiva racional y proporcionada. Debe resultar o inminente o se debe estar produciendo o prosiguiendo -en atención a las diferentes formas de manifestación de la acción agresiva-. Si bien ello no comporta, en términos normativos, exigir que, en todo caso, en las acciones de resultado, la defensa legítima actúe una vez traspasado el umbral de la tentativa. Es posible admitir, también, la eficacia legitimante de la defensa en relación con actos preparatorios próximos en

¹⁰⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS / JUDEL PRIETO, ÁNGEL / PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A.U. Versión digital. 2011.

¹⁰⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 30.

¹⁰⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS / JUDEL PRIETO, ÁNGEL / PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A.U. 2011.

su progresión a la tentativa. En cambio, una agresión solamente planeada o en fase de preparación que no está próxima a la tentativa nunca puede fundamentar la legítima defensa. La finalidad de protección que determina el espacio de operatividad de la justificación excluye la defensa legítima si aún no se ha puesto en práctica ni manifestado al exterior la voluntad del sujeto de lesionar un bien jurídico. Lo que coliga con la exigencia de desvalor en la acción agresiva. Que, insistimos, no supone efectiva lesión sino puesta en peligro de forma mensurable y significativa”.

Para aclarar el exceso extensivo, éste excluye la legítima defensa como eximente tanto completa como incompleta, bien por la anticipación de la reacción o bien porque se prorroga indebidamente, tal como expone la STS 544/2007, 21 de junio de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“La defensa a su vez, requiere:

- a) *Ánimo de defensa, que se excluye por el "pretexto de defensa" y se completa con la "necesidad defensionis", cuya ausencia da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como eximente incompleta, bien porque la reacción se anticipa o bien porque se prorroga indebidamente.”*

5.2. DEFENSA Y SU RACIONALIDAD.

El segundo de los elementos objetivos de la legítima defensa se encuentra recogido en el apartado segundo del artículo 20.4 del CP, siendo éste:

“Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla.”

De tal fórmula se pueden extraer los dos elementos que constituyen el precepto, por una parte, la necesidad de la defensa, y por otra parte, la necesidad racional del medio empleado.

5.2.1. La necesidad de la defensa.

La defensa necesaria es aquella que responde a una agresión real, inminente o actual, peligrosa e inevitable, cuya apreciación de tales requisitos debe ser analizada ex ante de la acción defensiva, para comprobar que la lesión del bien jurídico no aparece como absolutamente improbable¹¹⁰.

¹¹⁰ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 436.

La STS 1372/2003, 30 de octubre de 2003, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo distingue de la siguiente manera la necesidad de defensa de la necesidad racional del medio empleado:

“Para que se entienda concurrente la circunstancia eximente de legítima defensa, como completa o como incompleta, tiene que existir, ante todo, la que los clásicos llamaron "necessitas defensionis" - véanse, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 30-10-84, 10-10-88, 7-5-91 y 6-10-93-, es decir, la necesidad abstracta de defensa, que solamente surge cuando ante una injustificada agresión, real, grave e inminente, es ineludible que el agredido reaccione defensivamente. La doctrina de esta Sala ha distinguido siempre entre la necesidad abstracta, como ineludibilidad de una reacción defensiva, y la necesidad concreta, como adecuación racional de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si falta la proporcionalidad del medio defensivo, habrá un exceso en la defensa y será planteable la posibilidad de que la eximente se aprecie como incompleta. Si falta incluso la necesidad abstracta de defensa, la circunstancia no podrá ser apreciada en ninguna de sus modalidades”.

Por tanto, la agresión crea un riesgo para un bien jurídico que se halla desprotegido, siendo necesario una actuación, proveniente del agredido o de un tercero, para impedir que tal riesgo se materialice¹¹¹.

La defensa no es subsidiaria de la huida, fuga o recabo de la autoridad o terceros, es decir, el recurso de actuar en legítima defensa no está condicionado a la existencia de alternativas menos gravosas. La legítima defensa nace desde el momento en que el bien protegido se encuentra amenazado. Afirmar que la necesidad de defensa es recurrir a soluciones no lesivas y atípicas, sería dejar sin fundamento a la legítima defensa como figura legal que ampara conductas típicas eximidas de responsabilidad penal. Cuestión distinta es la discusión del medio empleado, donde quizás sí pueden tener cabida tales conductas¹¹².

La segunda de las notas de defensa necesaria, es que ésta debe ser una conducta idónea para impedir o repeler la agresión, dirigida al agresor y procedente de un particular¹¹³.

La acción defensiva al tratar de impedir o repeler la agresión permite entablar acciones tanto típicas como atípicas, pues está amparada por una causa de justificación.

¹¹¹ CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008. Pág. 768.

¹¹² LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 544.

¹¹³ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 436.

Dentro de las conductas típicas, la defensa puede consistir en conductas violentas como lesiones u homicidio, pero también puede atacar a otros bienes jurídicos personales como son las amenazas o coacciones, siendo lo fundamental que la conducta sea idónea para el propósito defensivo, pues no toda acción delictiva está permitida como podría ser un delito sexual¹¹⁴.

De la misma manera que una acción en sentido positivo permite alcanzar tal propósito, un delito de omisión, impropio o propio, también se halla amparado por la legítima defensa, pues no socorrer de un peligro que amenaza al agresor durante su ataque, también es considerada una acción defensiva si permite salvaguardar el bien protegido por la agresión de éste¹¹⁵.

La conducta ha de ser idónea, entendiéndose por tal, una conducta que reúne las condiciones necesarias u óptimas para una función o fin determinados, en este caso, para proteger el bien frente a la agresión.

A sensu contrario, si una conducta es inidónea no podrá ser amparada completamente por la legítima defensa. La inidoneidad puede ser de dos tipos:

- Inidoneidad cualitativa. Referida al tipo de acción elegida para emprender la defensa, que por sus propias características no es adecuada para repeler la agresión, como quién ante una estafa, responde lesionando al estafador¹¹⁶.
- Inidoneidad cuantitativa. Referida a la intensidad de la defensa. Aquí, sí es la acción emprendida acorde al objetivo defensivo, sin embargo, la intensidad de la acción excede los límites legales¹¹⁷.

En el supuesto de inidoneidad cualitativa, la legítima defensa adolece de un requisito esencial, por lo que no podrá apreciarse ni la eximente completa ni incompleta. Respecto a la inidoneidad cuantitativa, tal requisito sí se halla presente, pero por su exceso intensivo, deberá aplicarse la eximente incompleta¹¹⁸.

¹¹⁴ CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008. Pág. 769.

¹¹⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 546.

¹¹⁶ CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008. Pág. 769.

¹¹⁷ CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008. Pág. 770.

¹¹⁸ GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS / SOTO NIETO, FRANCISCO / HERRÁIZ PAGES, JAIME / ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ FRANCISCO / FRIGOLA VALLINA, JOAQUÍN, *Eximentes*,

La acción defensiva debe ir dirigida frente al agresor. La legítima defensa solo ampara los bienes jurídicos del agresor. Por lo tanto, los daños que la acción defensiva causen a bienes jurídicos ajenos al agresor, bien sean cosas ajenas o terceras personas, no están exentos de responsabilidad penal, sin perjuicio que por las características propias de la situación concreta se pueda alegar estado de necesidad u error. Esto es así, porque tales acciones no son defensa, tales lesiones no impiden la agresión, aunque sean necesarias para la defensa. La defensa debe ir únicamente encaminada hacia la lesión del agresor¹¹⁹.

En cuanto al sujeto que debe realizar la acción defensiva, éste tiene que ser un particular, bien el agredido, o bien un tercero.

Supuesto especial es la defensa emprendida por un agente de la autoridad cuando en el ejercicio de sus funciones repelen una agresión ilegítima. Respecto a tales sujetos no se debe considerar la legítima defensa, pues el Código Penal en su artículo 20.7 ya recoge una eximente específica de responsabilidad penal, la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Eximente que tiene en cuenta la mejor preparación de estos sujetos, así como los medios de los que disponen, marcando unos límites de actuación más restringidos que los que la legítima defensa impone a un ciudadano normal¹²⁰.

Por último, es preciso que la motivación fundamental de la respuesta a la agresión sea una finalidad defensiva¹²¹. Tal aspecto se estudiará más adelante, en el Capítulo 6 del “Presupuesto subjetivo de la legítima defensa”.

Si la defensa no reúne tales elementos fundamentales, no se podría apreciar legítima defensa completa ni la eximente incompleta¹²².

5.2.2. La necesidad racional del medio empleado.

atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables: Artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995. Editorial Bosch, S.A. 200. Pág. 81.

¹¹⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa.* Editorial BdeF. 2002. Pág. 548.

¹²⁰ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa.* Editorial BdeF. 2002. Pág. 549.

¹²¹ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General.* Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 436.

¹²² GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS / SOTO NIETO, FRANCISCO / HERRÁIZ PAGES, JAIME / ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ FRANCISCO / FRIGOLA VALLINA, JOAQUÍN, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables: Artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995.* Editorial Bosch, S.A. 200. Pág. 80.

Es segundo de los requisitos de la fórmula del artículo 20.4 del Código Penal es la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. El agresor, en nuestro ordenamiento jurídico, no pierde por completo sus derechos, por ello se establece una limitación en la defensa que alcanza tanto a los medios empleados, como al uso que se haga de ellos.

La racionalidad, por tanto, implica que el defensor deba emplear siempre el medio menos lesivo estrictamente necesario, en la forma que menos perjuicios cause, de entre los que se encuentran a su disposición, sea idóneo y permita una defensa segura¹²³.

Es importante subrayar que la racionalidad se dirige al medio empleado, y no a los bienes jurídicos del agresor, pues ambas conductas están distintos planos frente al ordenamiento jurídico, el agresor niega el derecho, y el defensor lo afirma. De manera que la racionalidad acota las posibilidades de defensa del defensor, por una parte, será ilícita la defensa que sea muy desproporcionada con la entidad del ataque; y a su vez, tampoco operará como eximente completa cuando no se utilice el medio menos lesivo del que disponga el defensor, aun cuando el mal causado sea proporcional al pretendido con la agresión¹²⁴.

Sin embargo, dadas las estresantes circunstancias en la que puede concurrir la defensa, puede que el defensor no sea capaz de discernir cual es el medio menos lesivo que le permita efectuar la defensa, a riesgo de realiza una defensa ineficaz¹²⁵. Por tal razón, entiende Stratenwerth que se le debe permitir al agredido el uso de medio más lesivos a fin de asegurar una efectiva defensa¹²⁶. Y de la misma manera Roxin, relativiza el principio de medio menos lesivo, debido al hecho de que el defensor no debe por qué correr algún riesgo, estándole permitido emplear un medio más lesivo cuya eficacia esté asegurada¹²⁷.

Para valorar la concurrencia de la racionalidad, debe llevarse a cabo un juicio ex ante al momento de la agresión, cuando ésta sea inminente, comience o se produzca la agresión, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso en cuestión, que desemboquen

¹²³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 36.

¹²⁴ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 439.

¹²⁵ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 45.

¹²⁶ Citado por JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 45.

¹²⁷ Citado por JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 45.

en una creencia objetivamente fundada de que está recurriendo al medio necesario. Estas circunstancias a tener en consideración pueden ser la rapidez e intensidad del ataque, las características del agresor, los medios que tiene al alcance el defensor..., que en cualquier caso deben hacer referencia a criterios objetivos.

Es decir, para la realización del juicio de racionalidad deben tenerse en consideración la totalidad de datos objetivos en el momento de acontecer la agresión, tales como las características de la agresión, la circunstancias espacio-temporales, y los aspectos personales de los sujetos implicados¹²⁸.

Los aspectos personales no deben ser confundidos con aspectos subjetivos; los primeros hacen referencia a datos como la edad, sexo o estatura, mientras que los aspectos subjetivos se refieren a la esfera interna del agredido, como el estado de ánimo por la agresión¹²⁹.

En conclusión, los aspectos objetivos son los únicos que se deben tener en cuenta para valorar la racionalidad, debiendo considerar los aspectos subjetivos para valorar una hipotética exención o atenuación de la responsabilidad penal, pues como dice Luzón Peña, si la racionalidad se juzgara desde la perspectiva subjetiva del agente, dicho juicio no sería racional sino irracional, aunque las circunstancias internas pudieran disminuir o, incluso, excluir su culpabilidad¹³⁰. No obstante, por las propias características de la agresión y el estrés que puede generar la situación defensiva, toda situación de legítima defensa conlleva intrínsecamente una alteración emocional relativamente normal, de tal forma, que los aspectos subjetivos del defensor que deben quedar al margen del juicio de racionalidad, son aquellos que excedan los límites relativamente normales de la alteración emocional¹³¹.

Tales notas constituyen un requisito no esencial de la legítima defensa, pues en el supuesto de no concurrir, si se dan el resto de las circunstancias del artículo 20.4 del Código

¹²⁸ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 50.

¹²⁹ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 51.

¹³⁰ Citado por JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 51.

¹³¹ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 51.

Penal, se procederá a una atenuación de la pena por considerar la eximente como incompleta¹³².

Ejemplo de lo expuesto es la STS 932/2007, 21 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“Es, por consiguiente, en la adecuación del medio empleado para defenderse donde puede ubicarse la línea que separa la eximente completa de la incompleta, ya que, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. de 20 de abril de 1.998 y de 19 de Marzo de 2001, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión.

La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado efecto extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que ningún caso puede hablarse de legítima defensa.

En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, que puede dar lugar a la apreciación de una eximente incompleta de legítima defensa con los efectos penológicos derivados de la misma, bien entendido que para juzgar la necesidad racional del medio empleado, como dice la STS. 3.6.2003, "no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho". O también que: "lo que aquí interesa, es precisamente, dejar claro que el ánimo defensivo no legitima cualquier comportamiento externo defensivo, sino sólo los que sean necesarios, es decir que cumplan con el requisito de la necesidad racional del medio empleado. Este juicio depende de una comparación entre la acción llevada a cabo por el defensor y la que, en su situación concreta, hubiera sido ya suficiente para repeler o impedir la agresión" (STS. 14.3.2003)".

En otro orden de cosas, anteriormente se ha expuesto, que la defensa no es subsidiaria de la huida, sin embargo, la huida sí debe ser considerada como un medio de defensa. La huida impedirá la agresión sin daño para el agresor, en este sentido, se consigue una defensa a través de un medio no lesivo a la agresión originaria. En cambio, con la huida se estaría soportando una agresión a la libertad de actuación, de movimiento, de coacciones..., no pudiendo considerar en este sentido la huida un medio de defensa pleno, pues no es un

¹³² GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 439.

acto defensivo en sentido estricto, y además no se protege el fundamento supraindividual de la legítima defensa¹³³.

A pesar de lo anterior, frente a agresiones de no culpables, con culpabilidad disminuida y cuando solo se tenga a disposición un medio extraordinariamente lesivo, la doctrina sí viene exigiendo la huida como medio obligatorio de defensa¹³⁴. Postura contradictoria con la característica ilegítima de la agresión, pues anteriormente se ha expuesto, que la interpretación actual mayoritariamente aceptada por la doctrina y los tribunales, es la de ilegítima como contraria a Derecho, prescindiendo de la culpabilidad o no del agresor, bajo la idea de que el agresor es el responsable la agresión, y de que la ha podido impedir, absteniéndose de realizarla, debiendo prevalecer el derecho del agredido.

Finalmente, como ejemplo de huida, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 351/2002, 25 de abril de 2022, donde concluyen que la huida era medio más racional para repeler la agresión:

“Resta hacer referencia a la petición esgrimida por el tercero de los apelantes, Eduardo G. P., quien estima que la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal que le fue apreciada debió serlo en su totalidad, como eximente completa de legítima defensa, interesando por ello su absolución. No comparte la Sala su postura precisamente por los razonamientos incluidos en el anterior fundamento jurídico. El anciano se vio agredido por las otras dos personas, y optó por defenderse haciéndoles frente con los medios que tuvo a su alcance en el momento de los hechos, con el objeto peligroso antes mencionado, reacción comprensible por lo humana, que ha derivado en la ya comentada reducción de su responsabilidad criminal. Ahora bien, de igual modo que respondió enfrentándose a sus agresores, también pudo emprender una huida, en ningún caso vergonzante dada la manifiesta superioridad de los agresores, o bien pedir ayuda a los viandantes con el fin de evitar males mayores. No lo hizo. Y no podemos compartir que en Eduardo G. P., cuando respondió a la agresión, concurriera la necesidad racional del medio empleado para evitarla, razón por la que la eximente incompleta que le fue apreciada se encuentra plenamente ajustada a la entidad de su actuación, razón por la que también habrá de confirmarse”.

5.2.2.1. Proporcionalidad frente a racionalidad.

¹³³ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 49.

¹³⁴ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 49.

La redacción del artículo no menciona el término proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego, es decir, no se exige a la defensa no dañar bienes jurídicos de mayor valor que los amenazados con la agresión. Y es que racionalidad no equivale a proporcionalidad, pudiendo, de tal forma, estar justificado un daño mayor el acometido con la defensa, que el daño pretendido causar en la agresión¹³⁵. Además, tampoco se requiere proporcionalidad entre los medios empleados por el agresor y el defensor¹³⁶.

En cambio, en el estado de necesidad sí se exige la proporcionalidad, como también se exige en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Y esto es así, debido a que, en la legítima defensa, a diferencia del estado de necesidad, se está reaccionando a una agresión antijurídica que pone en peligro un bien jurídico, tal y como se ha expuesto anteriormente, el agresor niega el derecho, y el defensor lo afirma. Y en contraposición al cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no se le puede exigir a un particular los mismos límites que a la autoridad pública¹³⁷.

A modo de ejemplo la STS 1053/2002, 5 de junio de 2002, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo, detalla la característica de racionalidad frente a proporcionalidad, haciendo alusión a la legítima defensa y al estado de necesidad:

“El criterio decisivo para resolver estos problemas es el de que, para defenderse legítimamente, ha de utilizarse aquél de los medios de que se disponga que, al tiempo que sea eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el que menos daño puede causar al agresor.

En el caso presente de tales dos medios, la referida defensa personal (o porra) y la pistola, dadas las circunstancias del caso, antes referidas, hay que eliminar la primera (la citada defensa personal), insuficiente para asegurar un resultado defensivo eficaz. Quedaba sólo la pistola con la que había que parar la agresión, es decir, con la que había que disparar contra el cuerpo de quien había iniciado ya el ataque contra su persona. Si lo hubiera hecho contra una zona vital, contra la cabeza, el pecho o el abdomen, por ejemplo, nos encontraríamos ante un caso de eximente incompleta de legítima defensa. Pero como el disparo se produjo contra una pierna, zona no vital por excelencia, es claro que estamos ante un caso de eximente completa, por lo que se refiere al problema que aquí estamos examinando.

¹³⁵ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 44.

¹³⁶ JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019. Pág. 44.

¹³⁷ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 558.

Como muy bien dice la sentencia recurrida, tal actuación del acusado responde a un ánimo claro de "defensa controlada".

Conviene añadir aquí, para evitar confusiones, que, a diferencia de los casos de estado de necesidad, en estos supuestos de legítima defensa no es necesario que haya homogeneidad entre el medio utilizado para defenderse en relación a aquel que usó el agresor en su ataque. Se permite usar el que se tenga a la propia disposición, aunque sea más vulnerante, salvo casos extremos de desproporción manifiesta (por ejemplo, no cabe hablar de legítima defensa contra una bofetada mediante el uso de un arma de fuego), con tal de que no haya otro menos lesivo y asimismo de resultado previsiblemente eficaz”.

5.2.2.2. *Aplicación práctica de la racionalidad.*

Determinados supuestos merecen un estudio más detallado. Éstos son los sistemas automatizados de defensa y los excesos en la intensidad defensa.

Los sistemas automatizados de defensa, o también conocidos como *offendicula*, son mecanismos o instrumentos preventivos de la propiedad u otros bienes jurídicos, tales como vallas electrificadas o animales de guardia.

Estos sistemas están predisuestos antes de que tenga lugar la agresión, no obstante, únicamente operan en un momento posterior cuando está teniendo efectivamente lugar la agresión, por lo que, no son supuestos de adelanto de la defensa.

Tales sistemas son legítimos en la medida que cumplan los requisitos de la legítima defensa, destacando la necesidad racional del medio empleado en la defensa. Y es que en relación a la necesidad de defensa puede haber problemas cuando el supuesto defensor no se halle presente porque, en primer lugar, no hay ningún tipo de control para diferenciar entre lo que es una agresión de lo que no; y en segundo lugar, en el supuesto de que efectivamente se dé una agresión, no se puede graduar la defensa y minimizar los daños conforme a la intensidad del ataque y la culpabilidad del agresor. La respuesta por parte del sistema automático será la misma, tanto si se comete una agresión, como si no, e independientemente de la intensidad de ésta¹³⁸.

Para evaluar si los mencionados instrumentos superan el examen de la racionalidad exigible a la legítima defensa cuando operan frente a agresores, y de proporcionalidad en los supuestos de estado de necesidad cuando no hay un agresor, se han establecidos limitaciones

¹³⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 31.

administrativas, aunque, en el supuesto de que no las haya, la instalación de tales mecanismos debe ajustarse a las reglas de cuidado y prudencia, manteniendo el sistema dentro del riesgo permitido¹³⁹.

Finalmente, un sistema automatizado de defensa será legítimo si es capaz de anticipar la protección del bien jurídico, y, si es capaz de diferenciar entre agresores reales de los que no, minimizando el daño en caso de recaer sobre un inocente¹⁴⁰.

Por su parte, el exceso intensivo es la situación en la que la defensa no es racional por ir más allá de lo estrictamente necesario, habiéndose podido emplear otros medios más seguros y menos lesivos.

De conformidad con el artículo 21.1 del Código Penal, al no concurrir en la legítima defensa todos los requisitos necesarios, en este caso faltaría la racionalidad, se aplicaría a tal conducta defensiva la eximente incompleta.

Los motivos que dan lugar al exceso intensivo pueden agruparse en tres categorías fundamentales: exceso debido a error en la apreciación de las circunstancias o en la ejecución, perturbación anímica, y, exceso voluntario. Los motivos pueden presentarse individualmente o de forma cumulativa, produciendo efectos jurídicos distintos.

En primer lugar, el exceso debido a error puede afectar a los riesgos de la agresión, a la elección de los medios de defensa, o a la ejecución de la defensa. Además el error puede ser vencible o invencible. Un supuesto especial es el error sobre los elementos objetivos de la legítima defensa, denominada como defensa putativa. Todo ello se analizará en profundidad en Capítulo 7 “Error sobre la legítima defensa”¹⁴¹.

En segundo lugar, el exceso puede deberse a una perturbación anímica, como conmoción, terror, ira o miedo. La perturbación anímica puede ser de tal entidad que puede afectar a la culpabilidad del autor. Si tal perturbación llega al extremo de constituir un trastorno mental transitorio, no habrá responsabilidad por tal exceso. En consecuencia, a la eximente parcial de legítima defensa se le une una causa de inimputabilidad del artículo 21.1 del Código Penal, que justifica el exceso en la defensa, dando como resultado la impunidad

¹³⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 31.

¹⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 31.

¹⁴¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 38.

total de la acción. Sin embargo, si la perturbación es parcial, el exceso en la defensa solo estará justificado parcialmente, debiéndose de jugar con el artículo 21.1 del Código Penal, pues la unión de dos eximentes parciales puede que no desemboque en una justificación total del hecho, pudiendo subsistir parte de la responsabilidad penal que deberá ser analizado por el juez en cada caso en cuestión¹⁴².

Y por último, el exceso puede ser voluntario. Como consecuencia, el exceso es imputable al autor, de tal forma, que el hecho básico de defensa sí estará justificado, sin embargo, el exceso deberá cuantificarse y subsumirlo en un tipo penal para determinar la responsabilidad penal del autor. Dada la dificultad de tal operación, lo más habitual es, a partir de la pena del delito cometido, aplicar una atenuación por medio del artículo 21.1, dando lugar a una justificación parcial del hecho¹⁴³.

Para finalizar, la STS 1861/2001, 17 de octubre de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo, detalla el examen a realizar para la valoración del exceso intensivo:

“En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio, siendo, en todo caso, cuestión compleja -según recuerda entre otras la Sentencia de 6-5-98- determinar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, al constituir un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso de que él se hace y la existencia o no de otras alternativas, de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata, por tanto, de un juicio derivado de una perspectiva "ex ante"”.

¹⁴² MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 38.

¹⁴³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 39.

5.3. FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DEL DEFENSOR.

El último de los requisitos exigidos por la legítima defensa en el artículo 20.4 del Código Penal es la falta de provocación suficiente por parte del defensor. El sujeto que emprende la defensa de los bienes jurídicos, propios o ajenos, no puede reclamar la justificación de su acto, pues en cierto modo, él es corresponsable de la agresión ilegítima que desemboca en la acción defensiva. Nadie puede sacar provecho de su propia actuación antijurídica¹⁴⁴.

Es un elemento no esencial de la legítima defensa, en el caso de que no concurra, y sí estén presentes el resto de los requisitos, dará lugar a la aplicación de la eximente parcial.

Para definir el término provocar, habida cuenta de que el texto legal no proporciona ninguna pauta, hay que acudir al Diccionario de la Real Academia, donde sus dos primeras acepciones son:

- Producir o causar algo.
- Buscar una reacción de enojo en alguien irritándolo o estimulándolo con palabras u obras.

Conforme lo expuesto, la conducta de provocar por parte del defensor consistirá en estimular la agresión hacia la víctima. Lo determinante de la conducta es que sea contraria a las normas ético-sociales, siendo indiferente para constituir una provocación que sea una conducta ilícita, o, la forma que revista, acción u omisión. Además, no es necesario que el objetivo de la provocación sea el de desencadenar una agresión ilegítima, puede que ésta no esté prevista, y sin embargo, finalmente, sí es corresponsable de ella.

Es importante diferenciar el concepto de dar motivo u ocasión del de provocar. Dar motivo u ocasión es realizar una conducta lícita e inocua, y en algunos casos debida, que es percibida por el agresor como una provocación, pero que de ninguna manera lo es. El agresor emprende una reacción agresiva debido a tal comportamiento, frente al cual sí se está plenamente legitimado para responder en legítima defensa.

¹⁴⁴ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 441.

Tal distinción se puede examinar en la STS 2442/2001, 18 de diciembre de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“En cualquier caso, es preciso diferenciar entre "provocar" y "dar motivo u ocasión"; para apreciar la concurrencia de la eximente no basta esto, es menester la provocación, que, en todo caso, ha de ser adecuada y proporcionada a la agresión. Si falta esa adecuación --que, como decimos, no siempre es fácil de apreciar-- , se puede producir un exceso en la defensa, que, en principio, impedirá la estimación de la eximente completa pero no la de la eximente incompleta (art. 21.1ª C. Penal). La jurisprudencia, al examinar este requisito, suele considerar suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a una reacción agresiva (v. ss. de 15 de junio de 1983 y de 17 de octubre de 1989, entre otras)”.

Continuando con el análisis, la siguiente cuestión a esclarecer es determinar las características que debe tener la provocación para ser considerada como suficiente. No toda provocación que anteceda a una agresión ilegítima permite actuar en legítima defensa, debe existir una proporción de mínimos entre la provocación y la respuesta agresora. La jurisprudencia aplica el criterio del hombre medio, determinando que una provocación será suficiente cuando tras la misma cabría esperar la agresión por parte de un hombre medio. Así, en efecto, si tras la realización de ese juicio, la respuesta es afirmativa, constituyendo la conducta del defensor una provocación, no cabría justificar plenamente la defensa¹⁴⁵.

La provocación puede provenir de una conducta lícita e inocua, lícita pero socialmente reprochable, e ilícita. La legítima defensa parece que solo estaría justificada cuando persigue el doble objetivo de defensa del bien jurídico y del Derecho. Por lo tanto, prima facie, en las provocaciones socialmente reprochables o ilícitas, el provocador no podría aparecer como defensor del ordenamiento jurídico, pues tan solo estaría compensando su anterior comportamiento. Sin embargo, tal hipótesis debe ser tajantemente descartada. Aunque la provocación sea un acto ilícito, ésta no crea la situación y la necesidad de defensa, siendo la agresión antijurídica la autora de ambas, de forma que la defensa final no puede ser antijurídica, pues está perfectamente justificada¹⁴⁶.

Las provocaciones ilícitas, a pesar de que la defensa se halle justificada, son las únicas que generan la responsabilidad penal del provocador. Todo provocador con su conducta está contribuyendo a la agresión, no obstante, ésta devendrá en ilícita cuando sea de tal entidad

¹⁴⁵ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 441.

¹⁴⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 568.

que pueda constituir participación en el hecho antijurídico del agresor. Esta participación puede revestir las formas de inducción, si con su conducta hace nacer la voluntad en el agresor de realizar el hecho, o de complicidad, si contribuye a consolidar la conducta del agresor, aunque tal iniciativa no provenga del provocador¹⁴⁷.

Tanto la inducción como la complicidad pueden ser a causas de conductas dolosas o imprudentes, dependiendo de si la agresión se estimula de manera intencionada o como consecuencia de infringir el deber de cuidado¹⁴⁸.

Se puede fundamentar de dos formas que la defensa no está plenamente exenta de responsabilidad penal causa de la provocación:

Primero, el provocador se ve privado del derecho de defensa pleno frente al agresor pues no habría el fundamento material de la legítima defensa, es decir, no se necesita protección debido a su autopuesta en peligro con la provocación, y no estaría prevaleciendo el Derecho frente a lo injusto, sino que estaría provocando el injusto. En esta concepción se está valorando el hecho en forma global, llegando a la conclusión de que el hecho no es plenamente lícito¹⁴⁹.

Segunda forma, la teoría de la *actio illicita in causa*, la provocación no afecta al carácter ilícito de la agresión, no obstante, el provocador debería responder por el resultado producido como culpable de la provocación, de forma que la defensa es lícita en sí misma, pero ilícita es su fundamentación. Tal concepción descompone el hecho en dos momentos de manera similar a la teoría de *actio libera in causa*, afirmando la legitimidad de la defensa y la ilicitud de la provocación¹⁵⁰.

Ambas posiciones permiten llegar a soluciones similares en ciertas situaciones de provocación; sin embargo, en otras no, como en el auxilio necesario. En situaciones de legítima defensa provocada pueden intervenir hasta un total de cuatro sujetos distintos: agresor-provocado, provocador, agredido y defensor. Por consiguiente, en función del número de integrantes en el conflicto, pueden darse cuatro combinaciones: primero, el provocador es agredido y defensor; segundo, el provocador es el agredido y el defensor un

¹⁴⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 40.

¹⁴⁸ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 569.

¹⁴⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 41.

¹⁵⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 41.

tercero; tercero, el provocador es el defensor y un tercero el agredido; cuarto, provocador, defensor y agredido son personas distintas¹⁵¹.

Para el estudio de tales situaciones se debe partir de tres postulados fundamentales:

- La agresión, independientemente de que sea provocada es ilícita, y el Derecho pretende impedirlo.
- La provocación es ilícita y el Derecho pretende impedirlo.
- Los terceros ajenos a la provocación no deben verse perjudicados en su derecho a la legítima defensa.

Partiendo de estos postulados, solo cuando el provocador es el agredido y el defensor, ambas fundamentaciones llegan a conclusiones justas; sin embargo, el resto de situaciones, tan solo la teoría que descompone el hecho en dos momentos, permite llegar a resultados acordes con los tres postulados expuestos, siendo la teoría correcta¹⁵².

Cuando el provocador es el agredido y el defensor un tercero, la primera teoría impide la defensa que pueda hacer el tercero, vulnerando el postulado de que el Derecho pretende impedir la agresión. Por el contrario, en la segunda teoría, el tercero actúa de forma lícita defendiendo al provocador debido al carácter ilícito de la agresión, y por su parte, el provocador responde como participe en la tentativa de agresión¹⁵³.

Cuando el provocador es el defensor y un tercero el agredido, la primera teoría justifica la licitud de la defensa, pero deja impune la provocación, violando el segundo postulado. La segunda teoría justifica la defensa y castiga la provocación¹⁵⁴.

Finalmente, cuando provocador, defensor y agredido son personas distintas, la primera teoría deja impune la agresión debido a que la defensa del tercero es lícita y ésta no se hace en beneficio del provocador, violando el segundo postulado. Por su parte, la segunda teoría justifica la defensa y castiga la provocación¹⁵⁵.

¹⁵¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 42.

¹⁵² MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 42.

¹⁵³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 42.

¹⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 42.

¹⁵⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 42.

En resumen, para que quede excluida la legítima defensa como causa eximente completa de la responsabilidad penal, la provocación debe venir por parte del defensor. Por tanto, si la defensa es llevada a cabo por un tercero distinto del provocador, la legítima defensa despliega sus efectos plenos sobre el defensor.

6. PRESUPUESTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Conciencia y voluntad de defensa del bien jurídico en peligro es el elemento subjetivo de la legítima defensa que debe estar presente, junto con el resto de requisitos objetivos que se hallan expresamente recogidos en el artículo 20.4 del Código Penal, para que la legítima defensa despliegue plenamente sus efectos¹⁵⁶.

Es un requisito esencial de la legítima defensa. El sujeto debe actuar con el ánimo o voluntad de defender el bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima. No basta con que se lleve a cabo una defensa efectiva, sino que es necesario un ánimo defensivo. Sin la presencia de tal motivación, no será de aplicación ni la eximente completa ni la incompleta¹⁵⁷.

Junto con el ánimo de defensa, pueden concurrir otras motivaciones, como odio o venganza, que no inhabilitan la conducta como eximente, pues no tiene por qué ser la única voluntad la de defender el bien jurídico protegido. Sin embargo, sí es necesario para la justificación plena de la defensa, que el defensor deba conocer que están presentes todos los requisitos objetivos. Es decir, el *animus necandi* no excluye necesariamente al *necessitas defensionis*¹⁵⁸.

Lo anterior se halla bien argumentado en la STS 360/2010, 22 de abril de 2010, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“El "animus necandi " no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS nº 614/2004, de 12 de mayo (RJ 2004, 3770) , entre otras, se exponía con meridiana claridad que el dolo homicida no es incompatible con la eximente de legítima defensa , sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el " animus necandi " o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor,

¹⁵⁶ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 442

¹⁵⁷ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 549.

¹⁵⁸ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 442

excluye necesariamente la "necitas defensionis" que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurran en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2.003 (RJ 2003, 4287) , "la jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un " animus defendendi" que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981 (RJ 1981, 3597) , no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (" animus necandi "), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa , en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo".

Es decir, la legítima defensa -caso de que concurra- no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable " animus necandi ", por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles".

Ahora bien, el defensor puede actuar, desconociendo la situación de agresión ilegítima, con el único objetivo de lesionar al agresor. Tal defensa, por ausencia del elemento subjetivo, no constituye legítima defensa.

Cuando se da la ausencia del elemento subjetivo, cuando el sujeto no actúa con ánimo de defensa, la defensa consistirá en una acción antijurídica por tener una actitud anímica reprochable, pero con un resultado objetivamente bien valorado por el Derecho. Es decir, hay desvalor en la acción, pero no en el resultado¹⁵⁹.

¹⁵⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002. Pág. 552.

Tal actuación constituye una tentativa inidónea punible, que conforme al artículo 62 del Código Penal, dará lugar a la imposición de una pena inferior en uno o dos grados, misma solución que si se trata de una eximente incompleta conforme al artículo 68¹⁶⁰.

No obstante, la calificación como tentativa inidónea permite resolver el supuesto en el que la supuesta defensa sea realizada mediante una actuación imprudente, donde persisten tanto el desvalor de la acción como la ausencia de desvalor en el resultado, siendo la consecuencia jurídica de tal defensa la impunidad, habida cuenta de que la tentativa imprudente no es punible¹⁶¹.

Ahora bien, otra posible solución para resolver la ausencia de voluntad defensiva podría ser la de considerar únicamente los elementos objetivos del artículo 20.4. No obstante, no sería correcto conceder la eximente completa, pues se dejaría impune el desvalor de la acción¹⁶².

Y en contraposición, valorar el hecho desde posturas estrictamente subjetivas, daría como resultado un castigo por delito consumado, donde no se tendría en cuenta el resultado jurídicamente correcto, y en definitiva, tampoco sería correcto.

Cuestión distinta es cuando el desconocimiento recae sobre la extensión de la eximente, donde el defensor cree que su conducta no está amparada por la legítima defensa, pero en realidad sí. Tal actuación es un error inverso de prohibición que da lugar a un delito putativo. El sujeto cree que algo está prohibido, pero no lo está, y por lo tanto, en virtud del principio de legalidad, el delito putativo no está penado y la defensa será plenamente legítima, aún con el desconocimiento del autor¹⁶³.

7. ERROR SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El error sobre la legítima defensa puede acaecer, bien, sobre la extensión de la eximente, o bien, sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos.

¹⁶⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 44.

¹⁶¹ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 44.

¹⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 44.

¹⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 44.

El error sobre la extensión de la legítima defensa hace referencia al error sobre los límites de la defensa, el cual tiene lugar cuando el defensor tiene la creencia de que la presente eximente le ampara más de lo que realmente hace. Es decir, el defensor cree que el hecho punible que sufre le permite reaccionar legítimamente de cualquier forma, sin tener en cuenta los límites del artículo 20.4¹⁶⁴.

El error sobre la extensión sería un error de prohibición indirecto, un error sobre la ilicitud del hecho, que conforme al artículo 14.3 del Código Penal, si el error es invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluirá la responsabilidad criminal; en contrario, si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

En segundo lugar, el error sobre la concurrencia de los elementos objetivos se denomina legítima defensa putativa. La defensa putativa es la acción, legítima o ilegítima, que el autor realiza en la falsa creencia de encontrarse ante una situación justificativa de legítima defensa, frente a una persona distinta de su agresor, o frente a un ataque autorizado o que ya no existe¹⁶⁵.

El error alude al incumplimiento de alguno o todos de los requisitos del artículo 20.4¹⁶⁶. El error puede recaer sobre:

- La existencia de la agresión ilegítima, bien porque el defensor considere como una agresión real aquella que nunca ha existido, bien porque considere como una agresión actual aquella que ya ha cesado, siendo este último caso un exceso extensivo de la legítima defensa.
- La racionalidad de la defensa, donde el defensor no actúa adecuadamente debido a una evaluación incorrecta de la agresión y/o a un manejo o elección inadecuado del medio empleado para repelerla.

Un ejemplo real de defensa putativa es el expuesto en la STS 1147/2005, 13 de octubre de 2005, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

¹⁶⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 44.

¹⁶⁵ REQUEJO CONDE, CARMEN, *La legítima defensa*. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 42.

¹⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU / MIR PUIG, SANTIAGO, *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 120.

“En el cuarto motivo, con apoyo en el mismo precepto procesal, denuncia la inaplicación indebida del artículo 20.4^a en relación con el artículo 14, ambos del Código Penal. Sostiene la existencia de una legítima defensa putativa.

La posibilidad de apreciar una situación de 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. Es preciso para ello que pueda apreciarse, desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente permitan esa creencia, los cuales han de ser valorados en relación a las circunstancias del sujeto en cada caso. Sus características y efectos deben reconducirse a la esfera del error.”

La defensa putativa puede ser legítima o ilegítima. La defensa putativa legítima es aquella que es realizada por el defensor bajo la creencia razonable, fundada y objetivamente invencible sobre la presencia de los elementos esenciales de la legítima defensa. En consecuencia, tendrá los mismos efectos que la eximente plena, habida cuenta de tratarse de un error invencible. Por otra parte, la defensa putativa será ilegítima cuando el error fuera vencible¹⁶⁷.

Actualmente, el Tribunal Supremo califica la defensa putativa como un error de prohibición indirecto, que conforme al artículo 14.3 del Código Penal, si el error fuera invencible excluirá la responsabilidad criminal; en caso contrario, si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados¹⁶⁸.

Un ejemplo de tal postura es la STS 442/2006, 18 de abril de 2006, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“En realidad, lo que aquí se suscita es el tema de la legítima defensa putativa, que, por su propia naturaleza, se encuentra estrechamente vinculada al error, que afecta a la culpabilidad y que consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva -lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo-, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 14 del Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es vencible.”

Sin embargo, tal posición no es unitaria, pues autores como Mir Puig y en ocasiones el Tribunal Supremo sostienen la posición tradicional, calificando la defensa putativa como

¹⁶⁷ REQUEJO CONDE, CARMEN, *La legítima defensa*. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 43.

¹⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012. Pág. 45.

un error del tipo, donde el defensor actúa sin conocer los elementos del tipo objetivo, es decir, el actor desconoce los hechos que constituyen la infracción o las circunstancias agravantes de la misma o que la cualifican¹⁶⁹.

De tal forma, que según la teoría del dolo, el error excluye el dolo de la defensa, por lo tanto, si el error es vencible concurrirá imprudencia, y si fuera invencible, dará lugar a la impunidad, de conformidad con los artículos 14.1 y 14.2 del Código Penal.

Un ejemplo es la STS 569/1993, 9 de marzo de 1993, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo:

“La legítima defensa putativa se produce sólo cuando el agente cree erróneamente que se encuentra frente a esa agresión ilegítima antes expuesta. Quien así actúa incurre, según algunos, en el error de tipo. Entonces si el error es invencible queda impune el acto, mas si por el contrario es vencible se podría originar una responsabilidad por imprudencia.”

8. EXIMENTE COMPLETA E INCOMPLETA.

La actuación en legítima defensa que cumpla con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, dará como resultado la licitud de la conducta típica defensiva y la exclusión de la responsabilidad penal y civil derivada del delito, pues la actuación del sujeto será conforme a derecho¹⁷⁰.

No obstante, los daños causados a bienes de terceros que no formaron parte de la agresión, no se hallarán amparados por la legítima defensa, sin perjuicio, de poder aplicarse la eximente por estado de necesidad¹⁷¹.

Ahora bien, el artículo 21.1 del Código Penal expone que 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. Es decir, la falta de alguno de los requisitos del artículo 20.4 del Código Penal, podrá aun así dar lugar a

¹⁶⁹ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016. Pág. 458.

¹⁷⁰ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 443.

¹⁷¹ GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015. Pág. 443.

la apreciación de la eximente incompleta. Para ello es fundamental que se hallen presentes los requisitos esenciales.

El primero de los requisitos esenciales es la agresión ilegítima, siendo éste, el presupuesto básico para la apreciación de los demás elementos. Si no existe agresión ilegítima, no puede haber ánimo defensivo, ni medio racional empleado para la defenderse, ni falta de provocación, pues tales, son consecuencias directas de la agresión ilegítima.

El segundo de los requisitos legalmente previstos es la necesidad racional del medio empleado, el cual puede estar ausente, pues de conformidad con la jurisprudencia, es el elemento que en la mayoría de los casos ha dado lugar a la apreciación incompleta de la eximente por su ausencia. Tal apreciación incompleta se debe a un exceso intensivo. A sensu contrario, una inidoneidad cualitativa en la necesidad de defensa, adolecerá a un requisito esencial, por lo que no podrá apreciarse ni la eximente completa ni incompleta. En conclusión, la acción elegida para emprender la defensa debe ser idónea, siendo ésta el segundo de los requisitos esenciales.

El tercer requisito, es la falta de provocación suficiente, siendo también un elemento no esencial de la legítima defensa. De tal forma que, si la provocación viene por parte del defensor, quedará excluida la legítima defensa como causa eximente completa de la responsabilidad penal. En cambio, si la defensa es llevada a cabo por un tercero distinto del provocador, la legítima defensa despliega sus efectos plenos sobre el defensor.

Finalmente, el ánimo o voluntad de defender el bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima es el último de los requisitos esenciales de la legítima defensa. No bastando con una defensa efectiva, sino que es necesario un verdadero ánimo defensivo. Sin la presencia de tal motivación, no será de aplicación ni la eximente completa ni la incompleta.

En resumen, son requisitos esenciales que deben concurrir en todo caso para apreciar la legítima defensa, al menos como eximente incompleta, la agresión ilegítima, la idoneidad de la acción defensiva y el ánimo de defender el bien jurídico amenazado.

En conclusión, de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en la legítima defensa, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

9. CONCLUSIONES.

La legítima defensa es una figura legal primordial en todo ordenamiento jurídico de cualquier Estado social y democrático de Derecho, que permite la defensa de bienes propios y/o de terceros ante ataque injustificados, cuando las autoridades públicas no pueden acometer una defensa eficaz en el momento oportuno. De tal forma se erige la legítima defensa como eximente de la responsabilidad penal, al desproveer a tal conducta de la nota de antijuricidad.

La razón de su importancia se halla en su doble fundamento, pues por una parte, su fundamento individual permite la protección de los bienes jurídicos individuales, y por otra parte, su fundamento supraindividual, permite la defensa del ordenamiento jurídico frente a comportamientos destinados a vulnerarlos. Dando como resultado a un derecho como facultad derivada del ordenamiento jurídico, que convierte a una conducta ilícita en lícita, debido al resultado legítimo que pretende alcanzar.

Los bienes jurídicos amparados por la eximente son los bienes personales, reconocidos a la persona como sujeto individual, dejando al margen de la legítima defensa los bienes jurídicos colectivos, dada la inseguridad jurídica que podría acarrear su reconocimiento defensivo.

La nota fundamental de estos bienes jurídicos personales es la posesión en el momento actual en el que se está cometiendo la agresión, siendo posible la defensa tanto de los bienes propios como de terceros.

La defensa se realiza ante una agresión ilegítima, siendo ésta el elemento fundamental para poder apreciar la eximente, pues sin agresión, no hay ningún motivo para actuar en defensa. Así pues, la agresión es un acto contrario a Derecho que persigue un propositivo lesivo, siendo a raíz del objetivo que persigue, una actuación dolosa. Por su parte ilegítima, es una actuación contraria a derecho, antijurídica, prescindiendo la regulación actual de la culpabilidad o no del autor.

Personalmente considero que la nota de culpabilidad debería estar presente en los requisitos de la agresión ilegítima como presupuesto objetivo, debiendo diferenciar en dos figuras legales distintas la defensa frente a agresiones ilegítimas de culpables y de no culpables.

Frente a la agresión real, inminente o actual, peligrosa e inevitable, surge la necesidad de una reacción defensiva idónea para repeler o impedir la agresión. Tal acción defensiva puede ser típica o atípica, pues dada la ilegitimidad de la agresión, el ordenamiento jurídico exime la defensa de responsabilidad penal y civil. Recalcando que lo importante es que sea idónea. Idónea respecto al tipo de acción defensiva practicada, e idónea respecto a la intensidad, pues de no serlo, en el primero de los casos no se podría apreciar la eximente, y en el segundo, solo la eximente incompleta debido al exceso intensivo.

La defensa debe dirigirse únicamente hacia al agresor. En el supuesto en el que la defensa dañe bienes o derechos de terceros, la conducta no estará amparada por la legítima defensa.

La reacción defensiva está limitada tanto en los medios empleados como en el uso que se haga de ellos, habida cuenta de que al agresor no se le desprovee completamente de sus derechos. Por ello, el defensor debe intentar emplear siempre los medios menos lesivos que permitan una defensa adecuada, idónea y segura. Por lo tanto, si el defensor se excede en la defensa en no utilizando el medio menos lesivo disponible, puede dar lugar a la apreciación de la eximente como incompleta.

Además, racionalidad no es lo mismo que proporcionalidad, la legítima defensa no limita la actuación a no dañar bienes jurídicos de mayor valor que los amenazados con la agresión. No obstante, la racionalidad sí impide ir más allá de lo estrictamente necesario para una defensa eficaz.

La falta de provocación suficiente por parte del defensor supone que la agresión hacia la víctima no debe estar estimulada por una actuación del defendido ni del defensor.

La provocación es una conducta contraria a las normas ético-sociales que pretende estimular la agresión. El provocador deberá responder como culpable por el resultado producido por la provocación, sin embargo, la defensa individualmente considerada, sí será legítima, pues tan solo es ilegítima en su fundamentación.

El presupuesto subjetivo de la legítima defensa es el *animus defendendi*. El defensor debe actuar con la voluntad de querer salvaguardar los bienes jurídicos amenazados. Tal motivación no impide que puedan concurrir otras, como la de querer dañar al agresor. Sin embargo, el animo defensivo es un requisito fundamental, sin el cual, deberá pensarse la defensa por el desvalor de la acción, a pesar del resultado legítimo obtenido.

El error sobre la legítima defensa pueda afectar a los límites de la eximente y/o a la concurrencia de los requisitos de la eximente.

En el error sobre los límites, el defensor tiene la creencia de que la legítima defensa le permite más de lo que realmente hace, debiendo excluir la responsabilidad penal en caso de que el error sea invencible, y rebajar la pena en uno o dos grados del error cuando sea vencible.

La defensa sobre los presupuestos de la legítima defensa, conocida como defensa putativa, el defensor actúa bajo la falsa creencia de encontrarse en una auténtica situación justificativa de legítima defensa. Si el error fuera invencible, excluirá la responsabilidad penal; si fuera vencible, la jurisprudencia actualmente apuesta por castigar el con una pena inferior en uno o dos grados.

En conclusión, para apreciar la legítima defensa como eximente completa de la responsabilidad penal y civil, deben estar presentes todos sus presupuestos. No obstante, si falta alguno de los requisitos no esenciales se podrá apreciar la eximente incompleta, y si falta alguno de los esenciales, no se podrá apreciar, ni como completa ni como incompleta, la eximente de la legítima defensa

10. BIBLIOGRAFÍA.

BARJA DE QUIROGA, JACOBO / RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, LOURDES, *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2022.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU / MIR PUIG, SANTIAGO, *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

CÓDOBA RODA, JUAN, “Consideraciones sobre la legítima defensa”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I*. Editorial Edisofer. 2008.

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS / SOTO NIETO, FRANCISCO / HERRÁIZ PAGES, JAIME / ESCUDERO MORATALLA, JOSÉ FRANCISCO / FRIGOLA VALLINA, JOAQUÍN, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables: Artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995*. Editorial Bosch, S.A. 200.

GIL GIL, ALICIA / LACRUZ LÓPEZ, JUAN MANUEL / MELENDO PARDOS, MARIANO / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial DYKINSON, S.L. 2015.

IGLESIAS RÍO, MIGUEL A., *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. 1999.

JIMÉNEZ-DÍAZ, MARÍA JOSÉ, “La defensa y su necesidad racional”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. Editorial DYKINSON, S.L. 2019.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LUZÓN PEÑA, DIEGO M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF. 2002.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez. Editorial Reppertor. 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Capítulo 4: Definición de delito. Memento Penal*. Editorial Lefebvre. 2023. Versión digital.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La legítima defensa del Derecho Penal*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. 2012.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch. 2022.

PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*. Editorial Atelier. 2006.

REQUEJO CONDE, CARMEN, *La legítima defensa*. Editorial Tirant lo Blanch. 1999.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, “Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa”, *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad de Santiago. 1981.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS / JUDEL PRIETO, ÁNGEL / PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A.U. Versión digital. 2011.

11. FUENTES JURISPRUDENCIALES.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 49/2003, 18 marzo de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 351/2002, 25 de abril de 2005.
- STS 569/1993, 9 de marzo de 1993, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 92/1998, 29 de enero de 1998, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1252/2001, 26 de junio de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1861/2001, 17 de octubre de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 2442/2001, 18 de diciembre de 2001, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1053/2002, 5 de junio de 2002, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1372/2003, 30 de octubre de 2003, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1708/2003, 18 de diciembre de 2003, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1147/2005, 13 de octubre de 2005, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 442/2006, 18 de abril de 2006, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 544/2007, 21 de junio de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 1406/2007, 18 de julio de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 932/2007, 21 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 287/2009, 17 de marzo de 2009, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 360/2010, 22 de abril de 2010, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 513/2014, 13 de febrero de 2014, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.

- STS 97/2022, 9 de febrero de 2022, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.
- STS 900/2022, 16 de noviembre de 2022, de la Sala de lo Penal de Madrid del Tribunal Supremo.