



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA MODERNA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Autor

Beatriz Arruga Bello

Director

Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho
2016

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
DESARROLLO DEL TRABAJO	
I. Legítima defensa: fundamento, naturaleza jurídica y bienes jurídicos defendibles.....	9
II. Requisitos	
1. Elementos objetivos.....	12
1.1 Agresión ilegítima.....	12
1.2 Necesidad de la defensa.....	17
1.3 Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.....	23
1.4 Falta de provocación suficiente por parte del defensor.....	30
2. Elementos subjetivos.....	34
III. Consecuencias jurídicas.....	35
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	40
ANEXO: RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	42

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
CP	Código Penal.
LO	Ley Orgánica.
p. / pp.	Página / Páginas.
PG	Parte General.
ss.	Siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado

En el presente trabajo he llevado a cabo un análisis de la causa de justificación de legítima defensa establecida en el art. 20 apartado 4º del Código Penal. Análisis de todos los aspectos relacionados con esta eximente y centrándome especialmente en el estudio de todos los requisitos propios de la legítima defensa, desde los elementos objetivos hasta los elementos subjetivos. Pero, aunque obviamente también se hace referencia a la doctrina, es un análisis jurisprudencial, es decir, un análisis de la argumentación que el Tribunal Supremo lleva a cabo en sus sentencias ante los casos que se le presentan. Pero además es un análisis centrado en sentencias de los últimos diez años. Por tanto, como el título del trabajo indica, se trata del estudio de la legítima defensa en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Razón de la elección del tema y justificación de su interés

Me decanté por enfocar mi trabajo hacia el Derecho Penal ya que es un área del derecho que me interesó desde que comencé a estudiarla, y ese interés se ha mantenido en el tiempo. Dentro del Derecho Penal, dudé entre enfocar el trabajo hacia algún delito concreto de la parte especial o hacia algún aspecto de la parte general. Dentro de la parte general me gustaba la idea de estudiar la eximente de estado de necesidad o de legítima defensa. Finalmente me decanté por llevar a cabo un estudio de la legítima defensa puesto que es un tema que da lugar a gran cantidad de jurisprudencia y de diversidad de doctrina y consideré que sería muy interesante para mis conocimientos llevar a cabo un estudio en profundidad del tema. Dentro de la legítima defensa opté por realizar un análisis jurisprudencial ya que esta causa de justificación da lugar a numerosas sentencias del Tribunal Supremo debido a la gran cantidad de casos que se plantean al respecto. Por último decir que me decanté por los últimos diez años de sentencias del Tribunal Supremo por acotar de alguna forma el número de sentencias objeto de análisis pero sin quedarme escasa en el ámbito temporal además del motivo de que de la jurisprudencia más reciente existen menos trabajos y estudios que realicen una compilación como la llevada a cabo en este trabajo de fin de grado.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Puesto que se trata de un trabajo jurisprudencial, la principal actividad está relacionada con el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo. A pesar de esto, lo

primero que fue necesario llevar a cabo fue un estudio de la doctrina que existe en el ámbito penal acerca de la legítima defensa. Para la recopilación de esta doctrina sobre la causa de justificación he utilizado diferentes manuales relativos a la parte general de Derecho Penal y diversos artículos o libros de diferentes autores especialistas en este tema. Una vez centrado el tema gracias a la doctrina, el siguiente paso ha sido la búsqueda de sentencias, que son el punto clave e importante del trabajo, del Tribunal Supremo de los diez últimos años. Tras la búsqueda de una gran cantidad de sentencias las he leído exhaustivamente decidiendo a cuáles de ellas dedicarles más tiempo por la gran relevancia que tienen en el análisis realizado en el trabajo, cuáles incluirlas pero dándoles una menor importancia y cuáles descartar. Por último, plasmar los resultados obtenidos del estudio de las sentencias en el trabajo. Consiguiendo así un trabajo en el que se hace un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la legítima defensa relacionándola con la doctrina existente.

I. LEGÍTIMA DEFENSA: FUNDAMENTO, NATURALEZA JURÍDICA Y BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES

La eximente de legítima defensa aparece regulada en el nº 4 del artículo 20 del Código Penal. Este artículo establece que está exento de responsabilidad criminal el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y falta de provocación suficiente por parte del defensor. Estos son los elementos objetivos dentro de los requisitos de la legítima defensa pero, además, en esta eximente, al igual que en el resto de causas de justificación, existen unos elementos subjetivos dentro de los requisitos.

El mismo Tribunal Supremo confirma estos mismos requisitos para apreciar la legítima defensa en su jurisprudencia mas reciente. Así pues, viene considerando como requisitos para apreciar la eximente de legítima defensa los siguientes: en primer lugar, la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; en segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor¹.

A pesar de que todos son requisitos de la legítima defensa, el Tribunal Supremo otorga una mayor importancia a algunos de ellos considerándolos requisitos imprescindibles sin los cuáles no se podría aplicar ni la eximente completa ni incompleta de la legítima defensa. Esto se hace patente en la reciente STS 251/2014, de 18 marzo, reiterante de la idea establecida por jurisprudencia anterior, en la que se establece que *“la eximente, en relación con su naturaleza de causa de justificación, se basa, como elementos imprescindibles, de un lado en la existencia de una agresión ilegítima y de otro en la necesidad de actuar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, a causa precisamente del carácter actual o inminente de esa agresión. Estos elementos resultan imprescindibles incluso para su apreciación como eximente incompleta”*². Por ello, tanto la agresión ilegítima como la necesidad de defensa son requisitos esenciales e imprescindibles, mientras que la necesidad racional del medio

¹ SsTS 251/2014, de 18 marzo; y 325/2015, de 27 mayo.

² Este planteamiento aparece en numerosas Sentencias del TS a las que suele hacer remisión este tribunal como son SsTS 1131/2006, de 20 de noviembre; 1262/2006, de 28 de diciembre; 527/2007, de 5 de junio; 1180/2009, de 18 de noviembre; y 140/2010, de 23 de febrero, entre otras.

empleado para impedir o repeler la agresión y la falta de provocación suficiente por parte del defensor son requisitos inesenciales.

Esta diferencia entre requisitos esenciales e inesenciales lleva a que se pueda dar lugar a tres situaciones: si concurren todos los requisitos se aplica la eximente completa de legítima defensa, si falta alguno de los requisitos inesenciales se excluye la aplicación de la eximente completa pero posibilita la apreciación de la eximente incompleta y, por último, la falta de alguno de los requisitos esenciales impide la aplicación tanto de la eximente completa como de la incompleta, es decir, el sujeto no estaría amparado por la legítima defensa.

Una vez dejado claro qué requisitos son esenciales y cuáles no, conviene tener en cuenta la matización que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ocurre por ejemplo en la STS 967/2011, de 23 de septiembre, diciendo que de todos los requisitos que se establecen para la legítima defensa, *“el único graduable, salvo supuestos muy excepcionales, y que puede llevar a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado. Es, por tanto, en la necesidad racional del medio empleado para defenderse donde puede establecerse la línea que separa la eximente completa de la incompleta”*.

Existen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo numerosas sentencias concretas en las que se muestra cuándo aplican la eximente completa o la eximente incompleta con base en esta argumentación de elementos esenciales o inesenciales.

Así, por ejemplo, la STS 251/2014, de 18 de marzo, al concurrir en el caso objeto de la sentencia los requisitos de agresión ilegítima, de necesidad de defensa y falta de provocación suficiente por parte del defensor, aunque no se haya acreditado en cambio que la defensa fuera proporcionada con arreglo a la situación del caso concreto, dice que es claro que ha de apreciarse la eximente de legítima defensa pero en la condición de incompleta. Es decir, se trata de la situación en la que falta uno de los requisitos inesenciales, concretamente el de necesidad racional del medio empleado, por lo que es de aplicación la eximente pero incompleta. Asimismo, otro ejemplo, en la STS 646/2007, de 27 de junio, este Tribunal desestima la legítima defensa completa pero estima la incompleta al concurrir el requisito de la agresión ilegítima así como el de falta de provocación suficiente, aunque no el de la necesidad racional del medio empleado.

El art. 20 CP aparece en su Título Primero del Libro Primero, concretamente en el Capítulo II titulado “De las causas que eximen de la responsabilidad criminal”. De acuerdo con esto y con su fundamento, la naturaleza jurídica de la legítima defensa es la de una causa de justificación. Por tanto, quien realiza una acción amparado por la legítima defensa actúa lícitamente, es decir, conforme a derecho.

En la actualidad, es opinión dominante que la legítima defensa tiene un doble fundamento: uno individual y otro supraindividual. El fundamento individual se basa en la necesidad de defender los bienes jurídicos personales puestos en peligro frente a una agresión. Por otro lado, el fundamento supraindividual se basa en la necesidad de defender el ordenamiento jurídico impidiendo o repeliendo una agresión, es decir, defender el ordenamiento jurídico frente a una agresión antijurídica o, dicho en palabras de Luzón Peña, necesidad de defensa, afirmación y prevalecimiento del propio Derecho³. Este fundamento supraindividual está asentado en la idea de que el Derecho no debe ceder ante lo injusto, tal como opinan Luzón Peña, de nuevo, y Mir Puig⁴.

Además, este doble fundamento explica la estructura, contenido y límites de la legítima defensa, pues el fundamento individual por sí solo no es suficiente ya que no basta con la simple necesidad de defender un bien jurídico sino que, además, se exige que la agresión sea ilegítima, y este fundamento individual no tiene en cuenta esto último; mientras que en la defensa de la existencia de solo el fundamento supraindividual no se tendría en cuenta que en la eximente de legítima defensa se tutelan solo bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, es decir, bienes personales⁵.

La legítima defensa no sirve para defender todo tipo de bienes jurídicos, solamente son tutelados por la legítima defensa los bienes jurídicos personales cuyo portador es el individuo o una persona jurídica como pueden ser la vida, integridad y salud personales, libertad sexual, patrimonio... Dentro de esta eximente también se encuentran amparados los bienes del Estado cuando este actúa como persona jurídica, como puede ser el patrimonio económico del Estado. Pero no son bienes protegidos por la legítima defensa los bienes jurídicos supraindividuales cuyo titular sea la sociedad o

³ LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal: Parte general I*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, p. 587.

⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, p. 445.

⁵ En este sentido LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 587; y CERESO MIR, JOSÉ, *Curso de derecho penal español: Parte General II, teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 208.

el Estado como ente soberano⁶. Ante la agresión ilegítima a un bien supraindividual, que no implique a la vez un ataque a bienes jurídicos personales, se podrían utilizar otras eximentes como el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho.

II. REQUISITOS

Tal y como establece el propio art. 20.4º del Código Penal, para que se dé la eximente completa de legítima defensa tienen que concurrir todos sus requisitos o elementos objetivos y subjetivos que se explican a continuación.

1. ELEMENTOS OBJETIVOS

1.1. AGRESIÓN ILEGÍTIMA

El art. 20.4º del Código Penal establece como primer requisito que debe cumplirse para la aplicación de la eximente de legítima defensa, la agresión ilegítima, es decir, se tiene que dar una agresión ilegítima frente a la que defenderse.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha repetido en numerosas sentencias que la agresión ilegítima constituye el elemento esencial e insustituible de la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta o como simple atenuante.

En la sentencia del Tribunal Supremo número 879/2005, de 4 julio, se establece que *“la agresión ha de ser un ataque, conducta o acción actual, inminente, real, directo, inmotivado e injusto. Con tales exigencias se excluye la posibilidad de una desconexión temporal entre el ataque y la defensa, pues esta debe seguir inmediatamente al primero, y también se excluye la posibilidad de admitir defensa frente a meras amenazas o simples insultos o actitudes meramente verbales y las decisiones que no determinen una inmediata convicción de peligro real”*.

La STS 470/2005, de 14 de abril, establece una definición muy aclaratoria sobre qué debemos entender por agresión ilegítima, repetida posteriormente por otras sentencias del Tribunal Supremo como es la STS 554/2007, de 21 de junio. Establecen que *“por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los 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 acometimiento material ofensivo”*. Sin embargo, añade posteriormente que esta

⁶ En este sentido CERREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 209.

definición no es del todo completa ya que “*ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo 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 inminente*”.

El concepto de agresión exige un comportamiento humano en sentido penal. Por lo que no cabrá invocar la legítima defensa frente a los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto o el comportamiento de un sonámbulo, por ejemplo⁷. Del mismo modo, tampoco constituye agresión, en el sentido que aquí nos interesa, los ataques de los animales, ya que la ilegitimidad solo puede predicarse de una acción u omisión humanas⁸. Unos y otros no suponen una agresión en sentido-jurídico penal y solo se podría establecer en ellos la eximente de estado de necesidad si concurriesen todos los requisitos.

La inclusión o no de las omisiones en el concepto de agresión es objeto de discusión en la doctrina. La opinión dominante en la doctrina es que las omisiones sí constituyen agresiones, pero también existe un sector cualificado de la doctrina que considera que las omisiones no son agresiones en el sentido de la legítima defensa, incluso existen posiciones intermedias que niegan tanto que la omisión nunca pueda ser agresión como el que siempre lo pueda ser⁹. Un partidario de la no consideración de la omisión como agresión es Cerezo Mir, y así lo hace patente al decir que “*la simple omisión, es decir, la no realización de una acción que podía realizar el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, no constituye una agresión*”¹⁰. Un ejemplo de posición intermedia es Luzón Peña que establece que: “*en casos marginales la conducta puede ser una omisión con tal de que la misma ponga en peligro bienes jurídicos, es decir, cuando constituya omisión impropia o comisión por omisión (de la que socio-normativamente se puede afirmar que crea o aumenta el peligro para bienes jurídicos)*

⁷ En este sentido LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 587; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho penal: Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*, Casabona et al. (coord.), Comares, Granada, 2013, p. 211.

⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español, Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 287-288.

⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, pp. 153 y ss.

¹⁰ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 212.

*en fase de tentativa; pero desde luego no una omisión pura, como por ejemplo una omisión de socorro, que no crea ni aumenta el peligro para los bienes jurídicos”*¹¹. La opinión dominante argumenta su tesis diciendo que la inclusión de la omisión en el concepto de agresión es totalmente coherente con el doble fundamento de la legítima defensa¹². Aunque, añaden, sin dejar de lado que en la mayoría de los casos que concurra agresión omisiva, no será necesaria la defensa lesiva frente a dicha agresión, pues el defensor podrá por sí mismo realizar la conducta salvadora.

También se discute en la doctrina si el concepto de agresión abarca solo los comportamientos dolosos o también se deben incluir las conductas imprudentes. De nuevo la doctrina se divide entre aquellos que piensan que, aunque la agresión sea dolosa por antonomasia, no se puede excluir del concepto de agresión los comportamientos imprudentes; y aquellos que consideran que una acción que lesiona un bien jurídico de un modo puramente causal no constituye agresión ya que agresión supone conciencia y voluntad de lesionar¹³.

La agresión tiene que ser ilegítima lo que equivale a que sea ilícita, es decir, contraria al ordenamiento jurídico. Si existe justificación de la agresión no cabrá invocar frente a ella legítima defensa. La agresión ha de ser ilegítima pero no es preciso que sea culpable. Cabe, por tanto, defenderse legítimamente frente a la agresión ilegítima de un inimputable o de una persona que actúa bajo una causa de inculpabilidad, pero no frente a quien actúa amparado por una causa de justificación. No cabe entonces legítima defensa contra legítima defensa¹⁴.

En este sentido se pronuncia la STS 271/2005, de 28 de febrero. En el caso que se plantea en la sentencia había existido previamente una agresión por parte de la víctima, pero se trataba de una agresión legítima buscada para hacer frente a la más que presumible agresión de que iba a ser objeto la novia del defensor. Así se pronuncia el Tribunal diciendo “*No cabe, pues, legítima defensa frente a la legítima defensa, pues la agresión para que pueda ser repelida ha de ser injusta e inmotivada*”.

¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal: Parte general*, 3ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 384.

¹² Muñoz Conde es partidario del argumento de que una omisión puede constituir una agresión ilegítima. En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p.117.

¹³ En este sentido CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 213; y LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos...*, cit., pp. 173 y ss.

¹⁴ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 230.

La opinión mayoritaria en la doctrina es que la ilicitud de la agresión puede derivarse de la infracción de las normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico¹⁵, pero también existe un sector que considera necesario que la agresión ilegítima constituya una infracción penal¹⁶. El Código Penal no exige tal restricción y esta última opinión iría en contra del fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa.

La existencia de agresión ilegítima o no en los casos concretos ha dado lugar a numerosa jurisprudencia, en especial del Tribunal Supremo, ya que es el primer requisito que se comienza valorando en casi todos los casos en los que se les plantea un problema de legítima defensa. Por ello, se mostrarán a continuación alguno de los casos concretos a modo de ejemplo para ver a qué solución llega el Tribunal en cada uno de ellos.

Por ejemplo, en la STS 1270/2009, de 16 de diciembre, la Sala del Tribunal Supremo considera que sí existe agresión ilegítima en una situación en la que un numeroso grupo de personas ataca un establecimiento con toda clase de objetos, rompiendo los cristales y amenazando de muerte tanto al defensor como a su familia que se encuentra con él, y portando el líder del grupo un arma blanca.

En la STS 1031/2009, de 7 de octubre, vemos como un simple puñetazo ya constituye una agresión ilegítima para el Tribunal Supremo, sin perjuicio de posterior apreciación o no de los siguientes requisitos.

En muchos casos planteados ante el Tribunal Supremo se muestra la dificultad y la necesidad de probar, por parte del defensor, la agresión ilegítima que se haya producido y por la que alega la eximente de legítima defensa. En la sentencia del Tribunal Supremo 519/2014, de 26 de junio se hace patente esta necesidad probatoria. En este caso, el acusado interpone un recurso de casación, contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santander en la que se le condena por un delito de homicidio en grado de tentativa, alegando que sí existía agresión ilegítima por la otra parte y que actuó en defensa propia y con miedo insuperable. El TS argumenta que la pretensión del recurrente de construir una agresión ilegítima no se consideró probada y que “no puede pretender el recurrente acreditar en casación una agresión ilegítima no probada en juicio”.

¹⁵ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 218.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 594.

El artículo 20.4º primero del Código Penal, después de establecer la agresión ilegítima como requisito para la aplicación de la legítima defensa, añade un párrafo con una definición de agresión ilegítima de los bienes patrimoniales y otra de morada y de sus dependencias y, al mismo tiempo, establece unas restricciones en la legítima defensa de los bienes patrimoniales y de la morada. A este respecto dice el artículo: *“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”*¹⁷.

Tanto la definición de agresión ilegítima a los bienes patrimoniales como la definición de agresión ilegítima a la morada o sus dependencias, constituyen restricciones a la agresión ilegítima en general y, por consiguiente, suponen una limitación al ámbito que abarca la legítima defensa¹⁸.

En la definición de agresión ilegítima a bienes patrimoniales se establece que *“se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito”*, lo que supone una exigencia de que el ataque a los bienes patrimoniales sea constitutivo de delito. Esta exigencia supone una exclusión del concepto de agresión ilegítima a los bienes patrimoniales de aquellos ataques a bienes patrimoniales que no constituyan ilícito penal, sino un ilícito de otro sector del ordenamiento jurídico, como puede ser un mero ilícito civil o administrativo.

Continúa la definición de agresión ilegítima en bienes patrimoniales diciendo que además se reputará agresión ilegítima a estos bienes el ataque que *“los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes”*. Esta exigencia es superflua pues esto ya está implícito en el requisito de necesidad de defensa en la legítima defensa en general y no solo en el caso de los bienes patrimoniales, por tanto es algo que se exige en la legítima defensa de todos los bienes jurídicos y no es algo exclusivo o particular de los patrimoniales. La no inclusión de esta parte del texto en la definición de agresión ilegítima de bienes patrimoniales no sería importante ya que se tendría en cuenta

¹⁷ Artículo modificado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). En su anterior redacción exigía que el ataque a los bienes patrimoniales fuera constitutivo de delito o falta, mientras que en la nueva redacción del artículo solo se exige que el ataque sea constitutivo de delito eliminando pues las faltas. Esto es totalmente necesario con la eliminación de las faltas de todo el Código Penal.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos...*, cit., pp. 432 y ss.

igualmente por parte de los tribunales al ser un requisito que se exige a todos los bienes, patrimoniales o no patrimoniales.

En el apartado primero del art. 20.4º CP aparece a continuación, como se ha mencionado anteriormente, la definición de agresión ilegítima a la morada o sus dependencias. Esta definición nos lleva a la conclusión de que solo es agresión ilegítima en estos casos la entrada indebida en la morada o en sus dependencias. Se excluye, por tanto, la permanencia indebida en la morada ajena, es decir, permanencia en contra de la voluntad del morador. En estos casos de permanencia indebida sí cabría invocar estado de necesidad establecido en el art. 20.5º del Código Penal.

La agresión ilegítima es un elemento esencial e imprescindible de la legítima defensa. La ausencia de este requisito de agresión ilegítima impide la aplicación tanto de la eximente completa como de la incompleta de legítima defensa. En numerosas sentencias del Tribunal Supremo se excluye la aplicación de la eximente tanto completa como incompleta por falta de agresión ilegítima, como por ejemplo en la STS 693/2013, de 20 de septiembre, en la que se rechaza expresamente la legítima defensa que se postula por el recurrente señalando que no hay constancia alguna de agresión ilegítima.

La falta de agresión ilegítima excluye también la aplicación de la atenuante por analogía, lo que demuestra la importancia que le da el Tribunal Supremo a este requisito. Así lo establece por ejemplo la STS 425/2010, de 15 de marzo, en la que dice expresamente: *“Esta Sala tiene declarado que faltando la agresión ilegítima no cabe plantearse la posibilidad de una atenuante analógica con la legítima defensa incompleta. La cuestión queda reducida a determinar la concurrencia de esa exigencia.”*

1.2. NECESIDAD DE LA DEFENSA

Esta necesidad aparece incluida de forma implícita en el art. 20.4.2º del Código Penal. Este artículo al establecer como requisito la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión está estableciendo en realidad dos requisitos: necesidad de defensa y necesidad racional del medio empleado en la defensa. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo también, por ejemplo en la STS 823/2006, de 21 de julio, entendiendo la exigencia de dos requisitos en este artículo. Así pues dice: *“La jurisprudencia ha entendido este requisito de la legítima defensa como*

una exigencia que abarca dos aspectos. De un lado, la necesidad de defensa [...]. De otro lado, la necesidad del medio empleado...”.

En la STS 1270/2009, de 16 de diciembre, el Tribunal Supremo hace la distinción entre exceso extensivo y exceso intensivo dentro del propio requisito de necesidad racional del medio empleado diciendo que *“si falta la necesidad de defensa será acusable el exceso extensivo o impropio, exceso en la causa, en tanto que si se halla ausente la proporcionalidad de los medios de repulsa, aparece el exceso intensivo o propio, exceso en los medios”.*

Ciertamente, el Tribunal Supremo en su STS 646/2007, de 27 de junio, establece *“que es requisito fundamental de la legítima defensa, en sus dos versiones de completa e incompleta, la llamada situación de defensa que surge, precisamente, de una agresión ilegítima”.* En el mismo sentido establece la STS 470/2005, de 14 de abril, que *“El agente debe obrar 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”.* Exactamente esta misma argumentación es utilizada recientemente en la STS 162/2016, de 2 de marzo, al analizar la existencia o no de legítima defensa.

Interesante es el apunte realizado en la STS 554/2007, de 21 de junio, al hablar de este requisito de necesidad de defensa. Hace alusión a este requisito como ánimo de defensa y continúa diciendo que este ánimo de defensa *“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”.* Así, por ejemplo, matar al agresor deparándole por la espalda mientras este está huyendo es un exceso extensivo que impide apreciar la legítima defensa; hablando en este caso más que de legítima defensa de un acto de venganza¹⁹.

¹⁹ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARAN, *Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blach., Valencia, 2015, p. 349.

La necesidad de defensa supone que la agresión ilegítima sea inminente o actual, es decir, que vaya a tener lugar inmediatamente o que esté teniendo lugar²⁰.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha señalado, como requisitos de la agresión ilegítima, que debe ser actual o inminente, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo 1172/2006, de 28 de noviembre, solo así se explica el carácter necesario de la defensa. No existirá agresión ilegítima que pueda dar lugar a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo. Por tanto, la agresión actual es la que está teniendo lugar pero no será actual la agresión que ya haya terminado.

Todo esto no quiere decir que sea preciso que la agresión ilegítima ya se esté produciendo sino que basta con su inmediatez, ya que en ese caso no hablaríamos de una agresión futura sino de “*una agresión en trance de comenzar*”²¹. El análisis de esto, como ha dicho el TS en alguna ocasión, supone llevar a cabo un juicio de previsibilidad ex ante.

Relacionándolo con este punto, la STS 500/2013, de 12 junio, haciendo referencia a la STS 670/1999, decía que “... *la existencia y la permanencia de la agresión no se debe considerar ex-post, sino desde la perspectiva del agredido y, por lo tanto, ex-ante*”. En el caso de esta sentencia de 2013, a pesar de que en un juicio ex post el Tribunal considera que la agresión ilegítima había finalizado, dice el Tribunal que no se puede excluir que el sujeto percibiese el intento de golpearle como el primer acto de una serie de otros probables o que lo valorase solo como el principio de una agresión más amplia. En estos casos el Tribunal Supremo, en ocasiones, argumenta la desestimación de la legítima defensa por la vía de la no concurrencia del requisito de necesidad racional del medio empleado. Un ejemplo concreto de esto es el caso de esta sentencia de 2013 mencionada en la que dice que el primer acto concreto de agresión en realidad ya había finalizado, de forma que no era preciso otro acto contundente, de sentido contrario, para detenerlo; y la “*reacción subsiguiente del que alega que lo hizo en legítima defensa, aunque ordenada al control de la probable continuidad de la agresión, y por ello dentro del ámbito de la legítima defensa, superó sin embargo los*

²⁰ IGLESIAS RIO, M.A., «Artículo 20», en *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I, Parte General*, GOMEZ TOMILLO, MANUEL *et al.* (director), Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2015.

²¹ LACRUZ LOPEZ, J.M., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal: Parte general*, Gil Gil, Ana *et al.*, 2ª edición, Dykinson S.L., Madrid, 2015, p. 437.

límites de la conducta justificada, al incurrir en un exceso respecto de las alternativas racionales a su alcance, dado que el primer intento había ya fracasado, lo que hubiera permitido otras reacciones igualmente eficaces”.

Además de inmediata, la agresión ilegítima debe ser peligrosa, para lo cual habrá que llevar a cabo un juicio ex ante de previsibilidad objetiva. Por tanto, *“es preciso que, en un juicio ex ante, aparezca la lesión del bien jurídico como no absolutamente improbable”*²².

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en la Sentencia 461/2013, de 29 mayo, haciendo referencia a la STS 1156/2010, de 28 de diciembre, al hablar de si unos insultos pueden considerarse agresión ilegítima o no, diciendo *“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, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras si no existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose “un peligro real y objetivo y con potencia de dañar”*”. Concluye esta argumentación diciendo que aquel que ataca a un sujeto que le ha proferido una serie de insultos, más que de una reacción limitada a lograr el cese de la vejación, se trata de una riña que el atacante no solamente aceptó sino que contribuyó a su instauración.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia 646/2007, de 27 de junio, asocia la agresión a la creación de un riesgo inminente y esta creación de riesgo se asocia con la existencia de un acto físico o de fuerza o un acometimiento material ofensivo pero también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como por ejemplo una actitud amenazadora si las circunstancias llevan a temer un peligro real de acometimiento. Por tanto, determinadas actitudes amenazadoras que permitan temer un peligro real de acontecimiento también pueden suponer una agresión ilegítima peligrosa. En conclusión, el que la agresión sea peligrosa no requiere que sea un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

²² CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 232.

En adición, la agresión ilegítima tiene que ser inevitable si no se ejerce la defensa. Es importante destacar en este sentido que la posibilidad de huida o de petición de ayuda a un tercero no excluye la necesidad de defensa ya que el sujeto ya se ve obligado a llevar a cabo una defensa aunque sea en forma de huida o de petición²³. Otra cosa es la importancia que esto tendrá en el análisis de la necesidad racional del medio empleado. Haciendo referencia a la posibilidad de huida, la STS 399/2003, de 13 de marzo, considera tesis no aceptable *“la consistente en afirmar que siendo posible la huida, a ella debe acogerse el agredido porque, de hacerlo, significaría el éxito de la sinrazón y el triunfo del agresor, lo que vendría a constituir un factor criminógeno”*.

Estas cualidades que se exigen por la necesidad de defensa a la agresión ilegítima aparecen recogidas en la STS 1172/2006, de 28 de noviembre. Haciendo referencia a lo establecido en la STS 900/2004, de 12 de julio, dice que por agresión debe entenderse *“toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles”*. Esta creación de riesgo se asocia por regla general a la existencia de un *“acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo”*, pero también *“cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato”*. Por tanto, la agresión no se corresponde necesariamente con un acto físico sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, como son las actitudes amenazadoras si las circunstancias concretas del caso permiten temer un peligro real de que ocurra el acontecimiento, con la condición de que esto sea inminente. Concluye esta argumentación el Tribunal Supremo, haciendo referencia a la STS de 30 de marzo de 1993, en la que se concluye que *“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”*.

El análisis del requisito de necesidad de defensa también ha dado lugar a un gran número de sentencias por parte del Tribunal Supremo, por lo que, como se ha hecho en el requisito de agresión ilegítima, también es interesante ver algunos casos concretos y ver si el Tribunal considera la existencia o no de necesidad de defensa.

Como continuación del ejemplo de la STS 1270/2009, de 16 de diciembre, de la que hemos visto anteriormente que el Tribunal consideraba que sí había agresión ilegítima ante los hechos planteados, vemos que el Tribunal también considera que

²³ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 233; y LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 598.

existe necesidad de defensa en un caso en el que un numeroso grupo de personas ataca un establecimiento con toda clase de objetos, rompiendo los cristales y amenazando de muerte tanto al defensor como a su familia que se encuentra con él, y portando el líder del grupo un arma blanca.

En otro ejemplo de la STS 1031/2009, de 7 de octubre, vemos cómo el Tribunal Supremo rechaza la existencia de necesidad de defensa en un caso en el que el supuesto defensor ataca con un machete a quien le había propinado un puñetazo. El motivo del rechazo de necesidad de defensa es porque el Tribunal considera que la necesidad de defensa había perdido vigencia, ya que al sujeto que responde atacando con el machete le dio tiempo a levantarse del suelo tras la caída producida como consecuencia del puñetazo e ir a por el machete que estaba alejado de su alcance.

Otro ejemplo interesante es el que se plantea en la STS 968/2013, de 19 de diciembre. En sus fundamentos de derecho el Tribunal Supremo recuerda que “*queda excluida la legítima defensa cuando no exista agresión ilegítima, bien porque no haya comenzado aún y no pueda considerarse inminente, o bien porque haya cesado ya*”. En este caso el Tribunal considera que no se da el requisito de necesidad de defensa porque en los hechos probados no se describe una situación que pueda valorarse como agresión ilegítima actual o inminente. Considera que no es una agresión actual o inminente porque la agresión que se declara probada, del agresor inicial contra la supuesta defensora, consistente en un puñetazo en un ojo, ya había finalizado totalmente cuando se causan las lesiones con el cuchillo por parte de la supuesta defensora, incluso produciéndose los hechos en lugares físicos diferentes. El Tribunal afirma que el puñetazo se trata efectivamente de una agresión, pero no puede justificar una defensa, pues ya había cesado, de manera que aquella ya no era necesaria. Además, tampoco existe necesidad de defensa como alega la supuesta defensora porque la acción del agresor inicial de volver a acercarse a la defensora transcurrido un periodo de tiempo no contiene elemento alguno que permita deducir que anuncia una agresión inmediata, de manera que la defensora tuviera que defenderse para evitarla ni tampoco de los hechos resulta que la supuesta defensora creyera o tuviera razones fundadas para creer que el primero iba a iniciar una nueva agresión contra ella.

Por último destacar, como se ha dicho anteriormente, que la necesidad de defensa es un elemento esencial en la eximente de legítima defensa y, por tanto, la no concurrencia de este requisito excluye la aplicación tanto de la eximente completa como

de la incompleta de legítima defensa. Muestra de esta exclusión se da en la STS 1248/2006, de 5 de diciembre, en la cual dice el Tribunal Supremo que “ese estado o situación defensiva no puede afirmarse en el presente caso [...] por lo que faltan los elementos necesarios para sustentar una legítima defensa, tanto completa como incompleta”.

1.3. NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIR O REPELER LA AGRESIÓN

Como se ha expuesto anteriormente, la necesidad racional del medio empleado es el segundo requisito que aparece en el apartado segundo del artículo 20.4º del Código Penal. Por tanto, una vez constatada la necesidad de defensa, que es el otro requisito implícito recogido en el apartado segundo de este art. 20.4º, debe pasarse a analizar si es correcto el medio utilizado para impedir o repeler la agresión. El defensor puede utilizar el medio que sea necesario pero éste no puede ir más allá de lo estrictamente necesario. Este requisito incluye que cuando el defensor tenga a su alcance varios medios con los cuales impedir o repeler la agresión, deberá elegir el medio menos lesivo para el agresor, siempre que este medio menos lesivo sea igualmente seguro y suficiente ya que si este medio menos lesivo no es del todo seguro se podrá utilizar el medio más gravoso pero que sea seguro para la defensa. Esto último es lo que se conoce como principio de menor lesividad²⁴. Lo ideal sería comenzar la defensa con el medio menos gravoso y, si con éste no se consigue detener al agresor y hacer cesar la agresión ilegítima, pasar a utilizar el medio más gravoso²⁵; pero esto no impide que el defensor esté facultado para utilizar el medio gravoso desde el primer momento si es necesario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo apoya esta argumentación basada en el principio de menor lesividad y así lo establece en diversas sentencias de la última década, como la STS 967/2011, de 23 de septiembre²⁶, o la STS 500/2013, de 12 junio, en las que se dice que “... para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa no sólo 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”.

²⁴ Principio de menor lesividad desarrollado por: JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 368; e IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 191, 201 y ss.

²⁵ En este sentido LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 605.

²⁶ Esta sentencia en esta argumentación remite a la STS 794/2003, de 3 de Junio.

Este requisito de la necesidad racional del medio empleado será valorado y apreciado por el juez de forma objetiva y ex ante. Así lo confirma expresamente la STS 470/2005, de 14 de abril, que el juicio que tiene que llevar a cabo el juez *“se trata de un juicio derivado de una perspectiva «ex ante»”*. El juez debe colocarse en la posición del agredido en el momento en que se inicie o sea inminente la agresión, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: si el ataque es inesperado o no, intensidad y velocidad del ataque, características del agresor, medios que tiene el defensor disponibles para defenderse, estado de ánimo del defendido...²⁷ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su STS 500/2013, de 12 de junio, en la que dice que en ese análisis no puede prescindirse de la valoración de la situación concreta en la que se encontraba quien actúa en defensa. Este juicio ex ante supone que aunque pasados los hechos se haga patente que el agredido podía haber utilizado un medio menos lesivo para el agresor, el medio más dañoso será necesario, y por tanto cumplirá el requisito, si una persona sensata colocada en la situación del defensor hubiera actuado de la misma manera que éste.

Esta argumentación la apoya la STS 544/2007, de 21 de junio, al decir que hay que *“fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido, razonables en el momento de la agresión”*. Y añaden los fundamentos de derecho de esta sentencia a continuación que *“no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa”*.

Ya en la actualidad se defiende que la posibilidad de huir del agredido no excluye la necesidad de defensa ni afecta al requisito de la necesidad racional del medio empleado, lo que supone que el defensor estará amparado por la legítima defensa, si utiliza un medio necesario, aunque hubiera tenido la posibilidad de huir con o sin riesgo para el agredido. Tampoco es exigible pedir la ayuda de terceras personas si ello equivale a una huida temporal del lugar de los hechos pero sí que estará obligado el defensor a servirse de estas terceras personas si éstas están en el lugar de los hechos y su intervención supone un medio seguro para repeler la agresión y menos lesivo que si

²⁷ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 234.

actuara el defensor por su cuenta con otros medios²⁸. El Tribunal Supremo apoya esta idea de la huida en la STS 544/2007, de 21 de junio, diciendo que “*la fuga no es exigible, refiriéndose esta Sala Segunda a que fuese posible por inexistencia de riesgo y no vergonzante*”.

Este requisito también plantea opiniones contrarias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en cuanto a si es exigible proporcionalidad o no entre los bienes jurídicos implicados en la defensa, es decir, entre el bien jurídico agredido y el bien jurídico menoscabado con la acción defensiva; entre los medios utilizados por el agresor y el defensor; y entre el daño causado por el defensor y el que se trataba de evitar con la defensa. A pesar de tener oposición en un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, es doctrina mayoritaria que el requisito de la necesidad racional del medio empleado no exige proporcionalidad de ninguno de los tipos dichos anteriormente sino que el apartado segundo del artículo 20.4º del CP solo exige necesidad. De esta doctrina mayoritaria es partidario Cerezo Mir, el cual mantiene que no se debe exigir proporcionalidad y, por tanto, la reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión²⁹.

Aunque sea una sentencia antigua, es interesante acudir a la STS 17-9-99, la cual se pronuncia en este sentido destacando que la palabra proporcionalidad no ha sido empleada por el legislador. El Código Penal lo que expresamente requiere es la necesidad racional y esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para impedir o repeler la agresión. De modo alguno, entre el resultado de la agresión y el de la defensa debe haber proporcionalidad, pero no debe confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre el daño que pueda ser causado con el arma y el daño que se quería evitar, pues la defensa está justificada por su necesidad y no por la proporcionalidad³⁰. Únicamente de forma excepcional, cuando la agresión sea insignificante y la gravedad del resultado de la defensa resulte manifiestamente desproporcionada, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa con base en los llamados principios éticos de la legítima defensa. Exactamente con este mismo argumento se pronuncia la STS 544/2007, de 21 de junio, en sus fundamentos de derecho.

²⁸ Argumentación sobre la ayuda de terceras personas defendida por Roxin y por Luzón Peña. En este sentido LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., p. 606.

²⁹ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 235.

³⁰ MAZA MARTIN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal*, La Ley, Madrid, 2008, p. 211.

El Tribunal Supremo interpreta la voluntad del legislador al incluir el concepto de necesidad racional que aparece en el Código Penal al decir que *“cuando la Ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser "racional" ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa”*³¹.

La doctrina considera que este razonamiento en cuanto a la proporcionalidad es totalmente coherente con el doble fundamento de la legítima defensa, tanto el individual como el supraindividual. El fundamento supraindividual de la legítima defensa, representado por la necesidad de defender el ordenamiento jurídico frente a una agresión antijurídica que lo pone en cuestión, sirve como base para argumentar que se pueda causar al agresor un mal de mayor consideración que el que se pretende evitar con la defensa pero también se utiliza para excluir del ámbito de la legítima defensa los supuestos de extrema desproporción³².

A pesar de esta idea de la no exigencia de proporcionalidad en el requisito de necesidad racional del medio empleado, el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias habla de proporcionalidad a la hora de resolver los problemas que se plantean en torno a este requisito en casos concretos.

Destaca a este respecto la STS 544/2007, de 21 de junio, en la cual el Tribunal Supremo dice que la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad, o sea que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo; y "proporcionalidad". Pero habla el tribunal de una proporcionalidad no en sentido estricto siendo indicador de ello también la inclusión entre comillas en el texto literal de la sentencia. El mismo Tribunal explica que habla de una proporcionalidad *“en sentido racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que esa ponderación*

³¹ Fundamentos de derecho de la STS 544/2007, de 21 de junio.

³² Argumento defendido por IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 336 y ss.

de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado, de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno". Por tanto, a pesar de decir el Tribunal Supremo que necesidad racional del medio empleado supone también proporcionalidad, su argumentación es compatible con la opinión de la doctrina mayoritaria al hacer una explicación del concepto de proporcionalidad apartada del sentido estricto de la palabra.

En este mismo sentido se pronuncia otra sentencia importante y característica en este aspecto como es la STS 470/2004, de 14 de abril, diciendo que el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima *"constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamiento defensivo"*, pero aclara que es un *"juicio de valor que se ha de emitir no tanto en orden a la identidad o semejanza de tales medios materiales como a las circunstancias del caso concreto, pues según la jurisprudencia el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio"*. Por tanto, se ve otro ejemplo de argumentación en el que, a pesar de hablar de proporcionalidad, es compatible con la doctrina mayoritaria.

En la STS 823/2006, de 21 de julio, se establecen una serie de pasos de cómo se podría proceder de forma correcta para valorar si existe necesidad racional del medio empleado en un caso concreto. Así pues, deben ser valoradas en el siguiente orden:

1. Las características de la agresión. La naturaleza del ataque, la gravedad de la agresión, la continuidad o no de la acción comenzada ya, la corpulencia de atacante y defensor... Por ejemplo, en el caso concreto de la STS 823/2006 lleva a cabo el análisis a este respecto diciendo que se trataba del ataque de un grupo de personas dirigido contra otro, ejecutado con suficiente fuerza como para arrojarlo al suelo, donde continuaba la agresión. Además, considera que la violencia del ataque queda acreditada por las lesiones sufridas.
2. La situación del defensor. En este punto el Tribunal examina circunstancias del caso, como, por ejemplo, si el defensor se encontraba solo o acompañado por alguien que pudiese ayudarlo, si había alguien más en la zona de los hechos que pudiese intervenir, la capacidad de

acción de estos posibles interventores, la situación en la que se encontraba el agredido fuera el defensor o un tercero, la gravedad de la agresión...

3. Los medios defensivos disponibles. El Tribunal examina la constancia o no de que tuviera el defensor a su alcance otros medios, distintos del utilizado, que le permitieran un intento de equilibrar las fuerzas ante su necesaria intervención defensiva, dirigida a evitar que la agresión se produjera o que esta continuase, lo que hace referencia a la urgencia que presentaba la necesidad de intervenir. En este punto analiza también el Tribunal si las fuerzas están equilibradas o no dependiendo del caso concreto. Se deja patente que si se trata de un ataque por parte de un grupo de personas contra una persona o, como es en el caso de la Sentencia de 2006 en la que se produce el análisis, dos personas, sí que habría un desequilibrio de fuerzas.
4. La forma en que se concreta la acción defensiva, es decir, la forma de la reacción, tanto en relación al medio concreto empleado como a su utilización en el caso concreto. El Tribunal Supremo para valorar este punto tiene en cuenta si se podría esperar otra acción distinta de una persona en esa misma situación. Por ejemplo, el Tribunal considera que la agresión del defensor dirigida de forma indiscriminada contra el grupo de personas que le está atacando, aunque no elimina el dolo eventual, sí permite valorar la racionalidad del medio de manera distinta al hipotético caso en que el golpe hubiera ido dirigido a la cabeza de uno de los atacantes sin que constara la acción concreta de éste que se trataba de evitar.

En lo relativo al cumplimiento o no del requisito de la necesidad racional del medio empleado hay numerosa jurisprudencia ya que la existencia o no de este requisito es la que suele dar lugar a mayores problemas en los casos que llegan al Tribunal Supremo. Además, en este requisito, como se ha hecho patente en la teoría general llevada a cabo anteriormente, son muy importantes las circunstancias del caso concreto. Por ello, a pesar de haber sentado ya la argumentación del Tribunal Supremo desde un punto de vista general, es interesante ver cómo resuelve y a qué solución llega el

Tribunal Supremo ante los diferentes casos concretos que se le presentan, por lo que, a continuación, se expondrán algunos de ellos.

Como continuación del ejemplo de la STS 1270/2009, de 16 de diciembre, visto anteriormente tanto en el análisis del requisito de agresión ilegítima como en el de necesidad de defensa, vemos que el Tribunal Supremo también considera que existe necesidad racional del medio empleado en defenderse agrediendo al agresor inicial con un cuchillo de 20 cm de hoja ante el ataque de un grupo de personas, entre ellas el finalmente agredido en la defensa, que se habían presentado en la tienda del defensor lanzando objetos contra los cristales y amenazando de muerte a la familia de aquél.

En otro ejemplo de la STS 1031/2009, de 7 de octubre, vemos cómo el Tribunal Supremo rechaza la existencia de necesidad racional del medio empleado en un caso en el que el supuesto defensor ataca con un machete a quien le había propinado un puñetazo. En la negación de este requisito el Tribunal Supremo subraya un patente exceso intensivo tanto desde la perspectiva del medio empleado, ya que utiliza un machete, como de la forma de hacerlo, basándose en el informe del médico forense a propósito de la fuerza de la acción.

En la STS 1211/2005, de 30 de septiembre, el Tribunal Supremo descarta tajantemente la proporcionalidad de la respuesta y la desproporción de medios en el caso de una agresión con puñetazos y patadas a la que se responde clavando un cuchillo en el cuello. Destaca de esta sentencia que se habla de desproporción de medios y de respuesta en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina que rechaza la idea de proporcionalidad en el análisis del requisito de necesidad racional del medio empleado.

Otro ejemplo se da en la STS 646/2007, de 27 de junio, en la cual se establece que no concurre el requisito de necesidad racional del medio empleado en los siguientes hechos probados: un sujeto se dirige hacia otro, por motivo de algún comentario que molestó al primero de ellos tratando este de agarrar por el cuello al otro, el cual, con la intención de evitar que aquél le agarrara el cuello, empujó al otro, quien como consecuencia del empujón cayó al suelo, dándose de morros, con la cara en el suelo, lo que le produjo un traumatismo ocular quedándole como secuela la pérdida casi completa de agudeza visual del ojo izquierdo. En un caso como este, el TS considera que sí concurre la agresión ilegítima y la necesidad de defensa pero considera la defensa desproporcionada.

Por último decir, aunque ya se ha mencionado anteriormente, que el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión es un elemento inesencial de la legítima defensa y, por tanto, su ausencia extingue la posibilidad de aplicación de la eximente completa pero sigue posibilitando la apreciación de la eximente incompleta. Así vemos como, en la STS 593/2009, de 29 de mayo, el Tribunal después de analizar el requisito de necesidad racional del medio empleado, aplica la eximente completa al concurrir este requisito junto con el resto de elementos. Mientras que, por el contrario, en la STS 1211/2005, de 30 de septiembre, aplica la eximente incompleta de legítima defensa al no concurrir el requisito de necesidad racional del medio empleado.

1.4. FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DEL DEFENSOR

El último de los requisitos que se establece en el Código Penal en particular para la legítima defensa aparece en el apartado tercero del art. 20.4º del Código Penal. Este requisito es “Falta de provocación suficiente por parte del defensor”. Es decir, en el Código Penal se exige que el sujeto que realiza el comportamiento defensivo no haya provocado suficientemente la agresión ilegítima.

La provocación de la agresión ilegítima puede ser tanto una acción como una omisión. Además la provocación puede ser intencional o no, es decir, no es preciso que esté dirigida a desencadenar una respuesta agresora. Por lo tanto, en las provocaciones puede incluirse tanto supuestos en los que se quería desencadenar la respuesta agresora como los casos en los que no se buscaba esta respuesta agresora y ni siquiera se había previsto.

La existencia de provocación suficiente provoca dos planteamientos diferentes en la doctrina. Por una lado, aquellos, como Díez Ripollés, que consideran que esta existencia de provocación suficiente excluye simplemente el requisito de la “falta de provocación suficiente”³³ y, por otro lado, aquellos que son partidarios de que la provocación intencional excluye ya la necesidad de defensa, como dice Cerezo Mir,³⁴ o el elemento subjetivo de justificación, como opina Córdoba Roda o Rodríguez Mourullo.

³³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho...*, cit., p. 274.

³⁴ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 240.

El apartado tercero del art. 20.4 CP exige que para que no se dé este requisito la provocación debe ser suficiente. Por tanto, si se da una provocación por parte del defensor pero esta no es suficiente, sí se cumple el requisito objeto de estudio y, en caso de que se cumplan el resto de requisitos, si se dará la eximente completa de legítima defensa. Es determinante, por tanto, saber qué se conoce como suficiente en este aspecto. Para que la provocación sea suficiente tiene que consistir en una acción u omisión ilícita. No es necesario, en cambio, que la conducta ilícita sea culpable³⁵. El fundamento de este requisito de la legítima defensa consiste en que no puede erigirse en defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica. En aquellos casos en los que la propia provocación constituya una agresión ilegítima inminente o actual en sí misma, peligrosa e inevitable sin recurrir a la defensa, frente a la que el provocado actúa con necesidad de defensa, se da lugar a una inversión de posturas, pues el provocado es el que actúa amparado por la legítima defensa y el provocador pasa a la figura de agresor. Además, para que la provocación sea suficiente, es preciso que exista una proporción o equivalencia entre esta provocación y la respuesta agresora.

La existencia de provocación suficiente impide la aplicación de la eximente de legítima defensa completa cuando esta provocación procede del defensor. Pero si la provocación suficiente procede no del defensor, que es quien realiza la acción defensiva, sino del defendido en la legítima defensa de la persona o derechos ajenos, sí sería aplicable la legítima defensa y podría estar el defensor amparado por esta eximente completa. Esto es porque no ha sido el defensor sino el defendido el que ha cometido la provocación suficiente y, por tanto, no se erigiría en defensor del ordenamiento jurídico el que provocó la agresión ilegítima con una agresión ilegítima.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo dedica una gran cantidad de sentencias a resolver casos de riña libre y mutuamente aceptada. Esta jurisprudencia niega la aplicación de la eximente de legítima defensa en estas situaciones de riña mutuamente aceptada. Existirá una riña libre y mutuamente aceptada cuando ante un desafío o provocación, unilateral o recíproca, expresa o tácita, cada uno de los contendientes, sin verse forzado a ello, acepta ser atacado por el otro y, por tanto, acepta correr el riesgo de lesión³⁶.

³⁵ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 241 y 242.

³⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso...*, cit., pp. 593 y 594.

La existencia de riña mutuamente aceptada puede afectar a varios requisitos según las circunstancias en las que se produzcan los hechos. La doctrina suele incluir estos casos de riña mutuamente aceptada en el requisito de falta de provocación suficiente o incluso dentro de los elementos subjetivos de los requisitos. Esto será importante ya que, dependiendo de si el requisito que afecta es esencial o no, dejará abierta la posibilidad de apreciar la eximente incompleta de legítima defensa o excluirá esta eximente en cualquiera de sus modalidades. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo también puede variar en determinadas ocasiones la fundamentación incluyéndolo dentro de un requisito o de otro pero en la mayoría de los casos se incluye dentro de la agresión ilegítima y, por tanto, se excluye por completo la aplicación de cualquier tipo de eximente.

Por tanto, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en situaciones de mutuo acometimiento y recíproca agresión se rechaza la existencia de la causa de justificación de legítima defensa en sus dos facetas de completa o incompleta, al faltar el requisito básico y fundamental de *“la agresión ilegítima con sus caracteres de actual, inminente, imprevista y de suficiente y eficiente entidad para la puesta en peligro de la persona o derechos del agredido, al erigirse los contendientes en agresores recíprocos y pasando a ser los resultados lesivos sufridos por cualquiera de ellos incidentes episódicos de la contienda asumida, desconectados de la coyuntura de necesidad absoluta o relativa que la defensa implica, siendo indiferente la prioridad de la agresión”*³⁷. En el análisis realizado en los fundamentos de derecho de esta sentencia se hace patente cómo el Tribunal Supremo no relaciona directamente la situación de riña mutuamente aceptada con la existencia o no del requisito de falta de provocación suficiente en el que lo suele incluir la doctrina sino que lo relaciona con los otros requisitos necesarios para la apreciación de la legítima defensa.

En este mismo sentido la STS 93/2014, de 13 de febrero, justifica la no aplicación de la legítima defensa en el caso 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 la base de la misma es la*

³⁷ STS 834/2013, de 31 de octubre.

existencia de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada".

Tal y como se dice en los fundamentos de derecho de la STS 1253/2005, de 26 de octubre, en los casos en los que el defensor no logra repeler la agresión ilegítima en un primer momento y por ello se ve envuelto en una lucha con el agresor, no nos encontramos ante una riña mutuamente aceptada y, por tanto, se podría dar la eximente de legítima defensa si concurren el resto de los requisitos.

A juicio de Cerezo Mir³⁸, es correcta la negación por la jurisprudencia de apreciar la eximente de legítima defensa en las situaciones de riña mutuamente aceptada porque la aceptación de ésta constituye una provocación, que será suficiente mientras los contendientes se mantengan dentro de los límites tácita o expresamente fijados a la misma. Pero si alguno de los contendientes rebasa estos límites, el agredido puede alegar legítima defensa si se cumplen el resto de los requisitos necesarios, ya que en este caso la provocación implícita en la aceptación inicial de la riña no será suficiente por la desproporción de la respuesta agresora. En apoyo a esta tesis de Cerezo Mir es interesante la argumentación que lleva a cabo el Ministerio Fiscal, apoyada después por el Tribunal Supremo, en la STS 251/2014, de 18 de marzo, considerando *“que no existe un supuesto de riña mutuamente aceptada como hecho excluyente de un caso de legítima defensa cuando haya sido el agresor el que transforma cualitativamente lo que era una disputa meramente verbal en una contienda física con, por ejemplo, uso de un instrumento peligroso”*.

En este sentido se pronuncia la STS 834/2013, de 31 de octubre, diciendo que la existencia de riña mutuamente aceptada no exonera a los Jueces de averiguar *"la génesis de la agresión y de determinar, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer, como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión"*³⁹. En el caso del supuesto de esta sentencia de 2013, en el que sí se admite la legítima defensa, *“se añade que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita en cuanto a modos o medios, haciendo acto de presencia ataques desmedidos o armas peligrosas, con los que no contaba, supuesto en el que puede surgir la situación*

³⁸CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 241 y 242.

³⁹ La STS 834/2013, de 31 de octubre, remite a las STS 399/2003 de 13 de marzo, 312/2001 de 1 de marzo, 813/93 de 7 de abril, en las cuales se utiliza la misma argumentación.

de legítima defensa en la riña aceptada, en cuanto el exceso en la agresión provoca en la entonces víctima la intensificación del ánimo de defensa que se sobrepone y anula al ofensivo”.

En el mismo sentido se pronuncia también la STS 1172/2006, de 28 de noviembre, diciendo que la doctrina de que las situaciones de riña mutuamente aceptada excluyen la aplicación de la eximente de legítima defensa, no exime al Tribunal de examinar detenidamente las circunstancias concretas del caso *“pues es posible que la riña se iniciara precisamente por una agresión ilegítima, o que incluso en un momento determinado de su desarrollo, el empleo de medios agresivos desproporcionados, valorables como un inesperado salto cualitativo, pudieran dar lugar a otras consideraciones sobre el particular”.*

En la riña mutuamente aceptada se pueden dar diversos supuestos que dan lugar a diversos análisis y tratamientos según las circunstancias del caso. Si los contendientes comienzan atacándose simultáneamente, ninguno de ellos ataca con la finalidad de repeler la agresión sino con la única finalidad de agredir, por lo que, no podrá aplicarse la eximente de legítima defensa por faltar el elemento subjetivo de la causa de justificación. En cambio, en las riñas mutuamente aceptadas en las que uno de los contendientes está a la defensiva, bien desde el principio o cuando el otro participante en la pelea comienza a dominar la situación, al sujeto que está a la defensiva se podría aplicar la legítima defensa como eximente incompleta ya que concurren los elementos esenciales de la legítima defensa pero la propia aceptación de la riña es ya una provocación suficiente por lo que se excluye la aplicación de la eximente completa pero no de la incompleta.

Por último añadir que el requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor es un elemento inesencial de la causa de justificación de legítima defensa y, por tanto, como ocurría con la necesidad racional del medio empleado, su ausencia produce la exclusión de la eximente completa de legítima defensa pero posibilita la aplicación de la eximente incompleta.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Al igual que el resto de causas de justificación, la legítima defensa también incluye unos elementos subjetivos que son esenciales, por lo cual, sin la concurrencia de estos, no cabe aplicar ni la eximente completa ni la incompleta de la legítima defensa.

El defensor siempre ha de actuar con el ánimo o voluntad de defender la persona o derechos propios o ajenos. Por tanto, el sujeto tiene que actuar con voluntad de defensa, es decir, con la finalidad de evitar la lesión del bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima. Pero este ánimo o voluntad de defensa es compatible con otras motivaciones⁴⁰. Además, es necesario que el sujeto actúe con conocimiento y voluntad de que concurren los requisitos objetivos de la legítima defensa.

De esta voluntad de defensa habla el Tribunal Supremo en su STS 470/2005, de 14 de abril, diciendo que la eximente de legítima defensa, “*como causa excluyente de la antijuridicidad 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 de toda causa de justificación la existencia de un «animus defendendi» que no es incompatible con [...] el propósito de matar 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 necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo*”. En este mismo argumento se reitera el TS en su STS 830/2015, de 22 de diciembre.

Además la STS 1270/2009, de 16 de diciembre, habla también de estos elementos subjetivos relacionándolos estrechamente con el requisito de necesidad de defensa. Así establece en esta sentencia que la exigencia de la "necitas defensionis" de actualidad de la agresión, presente en su existencia y persistente en la creación de un riesgo para el bien jurídico de que se trate, “*determina la autenticidad del animus defensivo, elemento subjetivo concurrente de carácter general, exigible en la causa de justificación para neutralizar el desvalor de acción presente en el comportamiento típico*”.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La acción realizada en legítima defensa es lícita al tener esta eximente la naturaleza de causa de justificación, es decir, quien realiza una conducta típica bajo el amparo de la legítima defensa actúa lícitamente. Queda excluida no sólo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil derivada del delito. Esta

⁴⁰ CERREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 239.

conclusión se puede obtener de una interpretación a sensu contrario del artículo 118 del Código Penal.

Otra de las consecuencias es que están amparados también en la causa de justificación de legítima defensa la destrucción o los daños causados en los medios materiales o instrumentos utilizados por el agresor en su ataque, aunque éstos no sean de su propiedad, es decir, aunque pertenezcan a un tercero. En cambio, no están amparados en la eximente de legítima defensa los daños causados a objetos de terceros no utilizados por el agresor en su ataque, ni las lesiones de bienes jurídicos de terceros, como puede ser la vida o la integridad física, que no hayan intervenido en la agresión. Sin embargo, como opina Cerezo Mir, en estos últimos casos el defensor podrá invocar la eximente de estado de necesidad⁴¹.

⁴¹ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 245.

CONCLUSIONES

Del estudio y análisis realizado en el presente trabajo se pueden extraer varias conclusiones interesantes para el conocimiento más detallado de la causa de justificación de legítima defensa.

La principal conclusión que se puede extraer de este trabajo es que estará exento de responsabilidad criminal el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y falta de provocación suficiente por parte del defensor, además de los elementos subjetivos. Es decir, quien actúe amparado por la legítima defensa estará exento de responsabilidad criminal.

Se hace patente claramente que el Tribunal Supremo otorga una mayor importancia al requisito de agresión ilegítima y al de necesidad de defensa, frente al requisito de necesidad racional de medio empleado y de falta de provocación suficiente por parte del defensor, no siendo la ausencia de estos dos últimos excluyentes de la eximente de legítima defensa. Ante la ausencia de uno de estos dos últimos requisitos mencionados se impedirá la aplicación de la eximente completa de legítima defensa pero cabrá la posibilidad de aplicación de la eximente incompleta de ésta. En cambio, la falta de agresión ilegítima y/o de necesidad de defensa, excluye por completo la aplicación de la eximente tanto en su vertiente de completa como en la de incompleta.

Como se ha visto en el trabajo, el Tribunal Supremo lleva a cabo una extensa fundamentación, sentando jurisprudencia, de las circunstancias y los requisitos que se tienen que analizar para saber si se cumplen o no cada uno de los requisitos de la legítima defensa.

En cuanto a la agresión ilegítima el Tribunal Supremo establece una especie de definición en sus sentencias que podemos recopilar de la siguiente forma: por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que supone la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Pero añade que la agresión ilegítima no se debe identificar siempre con un acto físico ya que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, siempre que sean inminentes. En cuanto a las características adicionales que la agresión ha de ser una conducta inminente, real, directa, inmotivada e injusta.

El Tribunal Supremo deja claro que el requisito de la necesidad racional del medio empleado establecido en el Código Penal supone dos requisitos en realidad que son objeto de análisis por separado en las sentencias de este Tribunal. Por tanto, podemos hablar de necesidad de defensa y de necesidad racional del medio empleado como requisitos de la legítima defensa.

La llamada situación de defensa que surge, precisamente, de una agresión ilegítima. La necesidad de defensa supone que la agresión ilegítima tiene que ser inminente o actual, es decir, que vaya a tener lugar inmediatamente o que esté teniendo lugar, ya que, como dice el Tribunal Supremo, solo así se explica el carácter necesario de la defensa. En segundo lugar, la agresión ilegítima debe ser peligrosa, según un juicio ex ante en el que aparezca la lesión del bien jurídico como no absolutamente improbable. Por último, la agresión ilegítima tiene que ser inevitable si no se ejerce la defensa.

Por otro lado, establece el Tribunal Supremo que para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, lo que se hará mediante el juez de forma objetiva y ex ante, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas. El juez debe colocarse en la posición del agredido en el momento en que se inicie o sea inminente la agresión, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: si el ataque es inesperado o no, intensidad y velocidad del ataque, características del agresor, medios que tiene el defensor disponibles para defenderse, estado de ánimo del defendido... A pesar de la idea que también defiende el Tribunal Supremo de la no exigencia de proporcionalidad en el requisito de necesidad racional del medio empleado, en muchas de sus sentencias habla de proporcionalidad. Llega incluso a decir que la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad y "proporcionalidad". Pero habla el Tribunal de una proporcionalidad no en sentido estricto, habla de una proporcionalidad en sentido racional no matemático que habrá de examinarse desde un punto de vista objetivo y subjetivo.

En cuanto al último de los elementos objetivos de la legítima defensa, el Tribunal Supremo exige la falta de provocación suficiente por parte del defensor, es decir, se exige que el sujeto que realiza el comportamiento defensivo no haya provocado suficientemente la agresión ilegítima. La provocación de la agresión ilegítima puede ser tanto una acción como una omisión y puede ser intencional o no. La provocación debe

ser suficiente, es decir, tiene que consistir en una acción u omisión ilícita y, además, tiene que existir una proporción o equivalencia entre esta provocación y la respuesta agresora. Tras el análisis jurisprudencial realizado se muestra que este no es un requisito que plantee muchos problemas ante el Tribunal Supremo.

Por último añadir, en cuanto a los requisitos, que el Tribunal Supremo también exige un elemento subjetivo para que se pueda apreciar la eximente de legítima defensa. Este requisito supone que el defensor siempre ha de actuar con el ánimo o voluntad de defender la persona o derechos propios o ajenos y que tiene que actuar el sujeto con conocimiento y voluntad de que concurren los requisitos objetivos de la legítima defensa.

El análisis llevado a cabo en este trabajo se basa en jurisprudencia del Tribunal Supremo de los diez últimos años. Por esto, sería interesante hacer una breve conclusión acerca de la relación existente entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos diez años y de los años anteriores. Es decir, si el Tribunal Supremo se ha mantenido en unas argumentaciones iguales o semejantes a las expuestas en sentencias anteriores al año 2004, si ha realizado algunos pequeños cambios, o se ha producido un giro radical en las fundamentaciones de un periodo de tiempo y de otro. Puesto que el trabajo no se centra en este análisis de diferencias entre un periodo y otro simplemente se puede llegar a esta conclusión con base en el trabajo realizado al examinar estos últimos años. Con el trabajo realizado, se puede llegar a la conclusión de que las argumentaciones del Tribunal Supremo no han cambiado nada o muy poco en los últimos diez años con respecto a los años anteriores; y a esta conclusión se puede llegar porque en casi todas o en muchas de las sentencias de la última década, objeto de estudio en este trabajo, se remite, hace referencia o incluso cita textualmente en los fundamentos de derecho a argumentaciones llevadas a cabo en fundamentos de derecho de sentencias anteriores a estos diez últimos años. Por lo tanto, podemos decir que las fundamentaciones, respecto a los diferentes aspectos de la legítima defensa, llevadas a cabo por el Tribunal Supremo en las sentencias de los diez últimos años siguen la misma línea que las argumentaciones de sentencia anteriores.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: Parte General II, teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español, Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- IGLESIAS RIO, M.A., «Artículo 20», en *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I, Parte General*, GOMEZ TOMILLO, MANUEL *et al.* (director), Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2015.
- JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- LACRUZ LOPEZ, J.M., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal: Parte General*, GIL GIL, A. *et al.*, Dykinson S.L., 2ª edición, Madrid, 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1978.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal: Parte general I*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAZA MARTIN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal*, La Ley, Madrid, 2008.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.
- MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARAN, *Derecho Penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho penal: Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*, Casabona et al. (coord.), Comares, Granada, 2013.

ANEXO: RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 399/2003 de 13 marzo (RJ\2003\2903).
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1458/2004 de 10 diciembre (RJ\2005\1085).
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1515/2004 de 23 diciembre (RJ\2005\696).
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 271/2005 de 28 febrero (RJ\2005\1906).
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 470/2005 de 14 abril (RJ\2005\4355).
6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 618/2005 de 12 mayo (RJ\2005\7787).
7. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 879/2005 de 4 julio (RJ\2005\6899).
8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 962/2005 de 22 julio (RJ\2005\7481).
9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1211/2005 de 30 septiembre (RJ\2005\8221).
10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1144/2005 de 11 octubre (RJ\2005\7072).
11. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1147/2005 de 13 octubre (RJ\2005\7847).
12. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1541/2005 de 21 diciembre (RJ\2006\285).
13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1592/2005 de 26 diciembre (RJ\2006\520).
14. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 24/2006 de 19 enero (RJ\2006\2769).

15. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 317/2006 de 17 marzo (RJ\2006\5433).
16. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 341/2006 de 27 marzo (RJ\2006\2196).
17. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 442/2006 de 18 abril (RJ\2006\4697).
18. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 589/2006 de 1 junio (RJ\2006\3584).
19. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 823/2006 de 21 julio (RJ\2006\6148).
20. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 938/2006 de 6 octubre (RJ\2006\6488).
21. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1172/2006 de 28 noviembre (RJ\2007\261).
22. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1248/2006 de 5 diciembre (RJ\2007\433).
23. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1291/2006 de 13 diciembre (RJ\2007\139).
24. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1262/2006 de 28 diciembre (RJ\2006\9739).
25. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 395/2007 de 27 abril (RJ\2007\4725).
26. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 627/2007 de 4 junio (RJ\2007\3890).
27. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 527/2007 de 5 junio (RJ\2007\4744).
28. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 544/2007 de 21 junio (RJ\2007\4750).
29. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 646/2007 de 27 junio (RJ\2007\3962).

30. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 703/2007 de 25 julio (RJ\2007\5175).
31. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 868/2007 de 31 octubre (RJ\2007\8280).
32. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 973/2007 de 19 noviembre (RJ\2007\8283).
33. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1043/2007 de 5 diciembre (RJ\2008\263).
34. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 368/2008 de 18 junio (RJ\2008\4729).
35. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 907/2008 de 18 diciembre (RJ\2009\1375).
36. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 247/2009 de 12 marzo (RJ\2009\1782).
37. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 287/2009 de 17 marzo (RJ\2009\4149).
38. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 593/2009 de 29 mayo (RJ\2009\3214).
39. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 720/2009 de 26 junio (RJ\2009\6684).
40. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1031/2009 de 7 octubre (RJ\2009\7456).
41. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1172/2009 de 22 octubre (RJ\2009\5753).
42. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1180/2009 de 18 noviembre (RJ\2009\7900).
43. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1270/2009 de 16 diciembre (RJ\2010\307).
44. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 26/2010 de 25 enero (RJ\2010\441).

45. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 69/2010 de 30 enero (RJ\2010\3238).
46. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 145/2010 de 26 febrero (RJ\2010\3294).
47. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 425/2010 de 15 marzo (RJ\2010\2420).
48. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 876/2010 de 14 octubre (RJ\2010\7845).
49. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1023/2010 de 23 noviembre (RJ\2010\9030).
50. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 61/2011 de 27 enero (RJ\2011\2371).
51. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 152/2011 de 4 marzo (RJ\2011\2634).
52. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 967/2011 de 23 de septiembre.
53. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1028/2011 de 11 octubre (RJ\2011\7068).
54. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 9/2012 de 18 enero (RJ\2012\185).
55. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 387/2012 de 22 mayo (RJ\2012\6398).
56. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 611/2012 de 10 julio (RJ\2012\7080).
57. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 878/2012 de 12 noviembre (RJ\2013\931).
58. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 461/2013 de 29 mayo (RJ\2013\8077).
59. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 500/2013 de 12 junio (RJ\2013\5227).

60. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 693/2013 de 20 septiembre (RJ\2013\6835).
61. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 972/2013 de 23 octubre (RJ\2014\25).
62. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 834/2013 de 31 octubre (RJ\2013\7464).
63. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 968/2013 de 19 diciembre (RJ\2014\335).
64. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 93/2014 de 13 febrero (RJ\2014\1101).
65. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 251/2014 de 18 marzo (RJ\2014\2524).
66. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 519/2014 de 26 junio (RJ\2014\3501).
67. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 645/2014 de 6 octubre (RJ\2014\4991).
68. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 675/2014 de 9 octubre (RJ\2014\5357).
69. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 636/2014 de 14 octubre (RJ\2014\5014).
70. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 86/2015 de 25 febrero (JUR\2015\79741).
71. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 325/2015 de 27 mayo (RJ\2015\2269).
72. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 426/2015 de 2 julio (RJ\2015\3581).
73. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 586/2015 de 30 septiembre (RJ\2015\4385).
74. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 830/2015 de 22 diciembre (RJ\2015\5866).

75. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 162/2016 de 2 marzo (RJ\2016\809).

76. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 196/2016 de 9 marzo (RJ\2016\1080).