

Trabajo Fin de Grado

La legítima defensa en la
jurisprudencia reciente del
Tribunal Supremo

Autor/es

Kassandra Ekay Clavería

Director/es

D. Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho
2018

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	1
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	1
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	1
II. REGULACIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO.....	3
1. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	3
2. CONCEPTO.....	5
III. FUNDAMENTO, NATURALEZA Y BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES.....	6
1. FUNDAMENTO.....	6
1.1. Fundamento individual.....	7
1.2. Fundamento supraindividual o colectivo.....	7
1.3. Doble fundamento.....	8
2. NATURALEZA.....	10
3. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES....	12
IV. REQUISITOS.....	14
1. ELEMENTOS OBJETIVOS.....	14
1.1. Agresión ilegítima.....	15
A) <i>Concepto de agresión</i>	15
B) <i>Ilegitimidad de la agresión</i>	19
C) <i>Conceptos específicos de agresión ilegítima a bienes jurídicos patrimoniales y a la morada o sus dependencias</i>	21
D) <i>Riña libre y mutuamente aceptada</i>	23
E) <i>Elemento esencial</i>	26
1.2. Necesidad de la defensa.....	26
A) <i>Necesidad de la defensa</i>	27
B) <i>Elemento esencial</i>	30
1.3. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.....	31

A) <i>Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.....</i>	31
B) <i>Elemento inesencial.....</i>	36
1.4. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.....	36
A) <i>Falta de provocación suficiente por parte del defensor.....</i>	36
B) <i>Elemento inesencial.....</i>	38
2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	38
V. CONCLUSIONES.....	40
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	42

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP Audiencia Provincial

Cit. citado/a

Coord. coordinador

CP Código Penal

et al. y otros

STS..... Sentencia del Tribunal Supremo

SsTS..... Sentencias del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

La cuestión tratada en el presente Trabajo de Fin de Grado es el tratamiento de la eximente de legítima defensa en la jurisprudencia reciente; en especial, de sus requisitos, tanto objetivos como subjetivos.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La principal razón de la elección del tema es mi interés en general por la esfera de la antijuridicidad en el Derecho penal y, en concreto, por la eximente de legítima defensa, desde que cursé la asignatura «Derecho penal: parte general» en el curso segundo del Grado en Derecho de la Universidad de Zaragoza. Además, como justificación de su interés, debe señalarse su relevancia en la actualidad, siendo una eximente invocada con cierta frecuencia en los procesos penales, como declara el propio Tribunal Supremo, y cuya apreciación o no apreciación (o apreciación parcial) en el caso concreto por parte de los tribunales puede tener una repercusión social.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La metodología seguida en el desarrollo del trabajo es la siguiente:

- Búsqueda de bibliografía respecto a la legítima defensa en el catálogo Roble de la Biblioteca de la Universidad de Zaragoza, en Dialnet y en las bases de datos «Aranzadi Digital» y «La Ley Digital 360».
- Búsqueda en la base de datos «La Ley Digital 360» de jurisprudencia reciente, muy especialmente del Tribunal Supremo, relativa a la interpretación de los diferentes aspectos de la eximente de legítima defensa tratados en el presente Trabajo de Fin de Grado.
- Lectura compresiva de la información obtenida como resultado de las búsquedas anteriores y selección y organización de la misma.
- Exposición, en el cuerpo del Trabajo, en primer lugar, del estado de la cuestión de la eximente de legítima defensa en la doctrina y, en segundo lugar, de las líneas generales jurisprudenciales respecto a los diferentes aspectos de la misma.

- Elaboración de la introducción y de las conclusiones.

II. REGULACIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO

1. REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La regulación de la legítima defensa se contiene únicamente en el artículo 20. 4º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente: «Están exentos de responsabilidad criminal: 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran 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 aquélla o éstas.

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

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

Como señala LUZÓN PEÑA¹, la legítima defensa no se configura en España como una eximente general (aplicable a cualquier delito) hasta el CP de 1848, pues en el CP de 1822 la eximente de legítima defensa sólo estaba prevista para los delitos concretos de homicidio, heridas o malos tratos de obra. En el artículo 8 del CP de 1848, como también señalan DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA² y VIZUETA FERNÁNDEZ³, la eximente general de legítima defensa tenía tres clases o variantes, cada una con requisitos no exactamente coincidentes: legítima defensa propia (artículo 8º. 4º), legítima defensa de próximos parientes (artículo 8º. 5º) y la legítima defensa de extraños (artículo 8º. 6º)⁴. Los requisitos de cada variante de la eximente de legítima defensa

¹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición, B de f, Montevideo, 2002, p. 520.

² DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Las causas de justificación*, Hammurabi, Argentina, 1995, pp. 100-101.

³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho Penal. Parte General: introducción, teoría jurídica del delito*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), 2ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 223 y 224.

⁴ Artículo 8º del CP español de 1850: «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 impedirla o repelerla.

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 lo 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 no haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

coincidían en cuanto a la exigencia de concurrencia de una agresión ilegítima y de la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, pero se diferenciaban en que mientras que en la legítima defensa propia se requería falta de provocación suficiente por parte del defensor, en la legítima defensa de parientes se requería que, en caso de concurrir provocación por parte del acometido, el defensor no hubiera participado en ella, y en la legítima defensa de extraños, se exigía una ausencia de venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo en el defensor⁵.

En el CP de 1928 se mantuvo este esquema en su artículo 58, pero se introdujeron una serie de cambios: la eximente de legítima defensa se incluyó expresamente entre las “causas de justificación”, al requisito de “agresión ilegítima” se añadió la precisión de “actual inevitable” y se restringieron los bienes defendibles a la persona, honra y propiedad, exigiendo en este último caso un ataque constitutivo de delito y que pusiera a los bienes en grave peligro, enumerando como ejemplos de ellos una “complicada” mezcla de ataques a la morada y de delitos de la propiedad. Además, en el artículo 59 del citado CP, se concedía la impunidad al exceso debido al terror, arrebato u obcecación, como algunas legislaciones extranjeras⁶.

Por su parte, en el CP 1944/73, se mantuvo el esquema tradicional de los Códigos españoles y se restringió la defendibilidad de los bienes patrimoniales y la morada⁷, añadiendo dos incisos en el apartado 4 del artículo 8 en los que se definía el concepto de agresión ilegítima para los casos de defensa de bienes⁸ y de la morada o sus dependencias⁹ ¹⁰.

Por último, con la reforma operada en el CP 1944/73 por la LO 8/1983, de 25 de junio¹¹, se unificaron los tres números (o modalidades) en uno solo, el número 4,

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».

⁵ Así, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit*, p. 520.

⁶ Como expone LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit*, p. 521.

⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit*, p. 521.

⁸ «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».

⁹ «En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario».

¹⁰ Como expone DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Las causas... cit.*, pp. 100-101.

¹¹ Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, p. 521.

otorgándoles los mismos requisitos y suprimiendo la exigencia de la legítima defensa de extraños «de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo» y la indicación, en la defensa de la morada o sus dependencias, «durante la noche o cuando radiquen en lugar solitario»¹². Así ha permanecido esta regulación en el CP de 1995¹³, con la excepción de la introducción y posterior supresión del inciso «o falta» en la definición del concepto de agresión ilegítima para el caso de defensa de bienes¹⁴.

2. CONCEPTO

En cuanto al concepto de legítima defensa, como indica SUÁREZ-MIRA¹⁵, las definiciones tradicionales de legítima defensa no suelen apartarse demasiado del tenor literal del texto legal y, así, cita a modo de ejemplo la definición de legítima defensa dada por JIMÉNEZ DE ASÚA, la cual es la siguiente: «repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla».

Para el Tribunal Supremo, como expone en su Sentencia de 30 de marzo de 2007 (LA LEY 14305/2007), «el núcleo sustancial de la legítima defensa radica en que una persona, en un momento determinado, lejos de la posibilidad de ser amparado por los mecanismos de protección del Estado, se ve como sujeto pasivo de una agresión injustificada e ilegítima y no tiene otra posibilidad para defender su vida o su integridad que valerse de una respuesta proporcionada con el propósito de garantizar su defensa. Por supuesto el que se defiende no puede ser el que ha provocado el enfrentamiento»¹⁶.

¹² Como expone DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Las causas... cit.*, pp. 100-101.

¹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

¹⁴ Así, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, p. 521.

¹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», en *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Suárez-Mira (coord.), 6ª edición, Civitas, Madrid, 2011, p. 1 (versión electrónica).

¹⁶ Como también expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

III. FUNDAMENTO, NATURALEZA Y BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES

1. FUNDAMENTO

Aunque se han defendido (teoría de la perturbación de ánimo¹⁷, teoría del conflicto de motivaciones, teoría de la retribución, falta de protección estatal¹⁸, teoría del instinto de conservación¹⁹, etc.)²⁰ y se defienden otros fundamentos de la legítima defensa, en la actualidad resulta dominante en la doctrina y jurisprudencia la defensa de un doble fundamento de la legítima defensa: un fundamento individual y un fundamento supraindividual o colectivo ²¹.

¹⁷ Respecto a este fundamento de la legítima defensa, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal español. Parte General*, CEREZO, volumen II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 210, expone lo siguiente: «El fundamento de la eximente de legítima defensa no se halla en la perturbación de ánimo producida por la agresión; pues, de lo contrario no podría ampararse en ella el agredido que se hubiera mantenido sereno, ni sería posible casi nunca la aplicación de la eximente en la defensa de un extraño. No tendría sentido, por otra parte, el requisito de que la agresión sea ilegítima, pues una agresión legítima puede producir también una perturbación de ánimo». En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición, B de f, Montevideo, 2002, p. 524, y Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa y estado de necesidad», en *Derecho penal español. Parte general*, RIPOLLÉS, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 286, a lo que añade: «En todo caso, transformaría la eximente en una causa de inimputabilidad».

¹⁸ Respecto a este fundamento de la legítima defensa, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 210 a 211, expone lo siguiente: «Tampoco constituye el fundamento de la legítima defensa la imposibilidad de que los órganos del Estado (la autoridad o sus agentes) puedan impedir o repeler la agresión. Pues la imposibilidad de actuación de los órganos del Estado, en el caso concreto, no explica aún, por sí sola, que el Estado renuncie al monopolio de la fuerza y autorice al particular a impedir o repeler la agresión. La imposibilidad de actuación de los órganos del Estado no es siquiera un presupuesto o requisito de la legítima defensa. Si la agresión ha puesto en peligro el bien jurídico atacado, la defensa es necesaria con independencia de que los órganos del Estado puedan actuar o no en ese momento de un modo eficaz. Si el particular, al impedir o repeler la agresión, no va más allá de lo estrictamente necesario y concurren los demás requisitos de la eximente, estará amparado por la misma, aunque un agente de la autoridad hubiera podido actuar en ese mismo momento, del mismo modo». En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, p. 524, y Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286, a lo que añade: «Distinto será si la autoridad hubiera impedido la agresión de un modo menos perjudicial. En tal caso, el particular sólo amparado en una eximente incompleta, por falta del requisito de la racionalidad del medio empleado».

¹⁹ Respecto a este fundamento de la legítima defensa, Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, estima que no resulta convincente porque «haría inaplicable la eximente fuera de ataques a la vida e integridad personal, no explicaría la exigencia de la ilegitimidad de la agresión ni su posible aplicación a la defensa de la persona o derechos ajenos y, en todo caso, transformaría la eximente en una causa de inculpabilidad».

²⁰ Véase, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, pp. 5 a 76.

²¹ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 207; Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285; IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999, p. 27; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, pp. 44 a 70; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 1, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

1.1. Fundamento individual

El fundamento individual de la legítima defensa, de origen romano²², «está representado por la necesidad de defender los bienes jurídicos personales puestos en peligro frente a una agresión»²³. Así, este fundamento de la legítima defensa está unido al tenor literal del precepto que la regula, en cuanto indica «defensa de la persona o derechos propios o ajenos»²⁴.

En consecuencia, como señala SUÁREZ-MIRA²⁵, es expresivo de un derecho subjetivo fundamental, reconocido por el ordenamiento jurídico a toda persona y fundado en la «libertad de acción constitucionalmente garantizada» frente a quien la niega.

Este fundamento de la legítima defensa, en principio, excluye la defensa de bienes jurídicos supraindividuales, comunitarios o del Estado como tal²⁶.

1.2. Fundamento supraindividual o colectivo

El fundamento supraindividual o colectivo de la legítima defensa, de origen germánico²⁷, está representado «por la necesidad de defender el ordenamiento jurídico frente a una agresión antijurídica que lo pone en cuestión»²⁸.

Este fundamento de la legítima defensa está basado en la tesis hegeliana de que la legítima defensa es la negación de la negación del Derecho y que, por tanto, constituye su afirmación. Esta tesis se puede resumir en la máxima de BERNER de que «el Derecho no debe ceder al injusto»²⁹.

²² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 1.

²³ Cita de VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224. En este sentido, también CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 207; Díez Ripollés, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, y LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 64.

²⁴ Como observa SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

²⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 1 a 2.

²⁶ Como también expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

²⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 1.

²⁸ Cita de VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224. En este sentido, también CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 207; Díez Ripollés, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 64; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general.*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 346.

²⁹ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 208; Díez Ripollés, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

De esta manera, el defensor en legítima defensa impide o repele a la vez un ataque al orden jurídico, cuya tutela corresponde al Estado, pero como éste, en el momento en que se produce la agresión ilegítima, no se encuentra en condiciones de impedirla, y el agredido no puede esperar a la actuación de la autoridad, el sistema ordinamental delega en el individuo la afirmación del orden jurídico frente a la agresión ilegítima³⁰.

1.3. Doble fundamento

La tesis del doble fundamento de la legítima defensa es la que explica de un modo más convincente su estructura, contenido y límites³¹, porque si sólo se tuviese en cuenta el fundamento individual:

- No se tendría en cuenta que el tenor literal del precepto que regula la legítima defensa exige que el peligro para el bien jurídico personal proceda de una agresión ilegítima³².
- No se podría explicar la diferencia existente entre la legítima defensa y el estado de necesidad³³.

Y, por otro lado, si sólo se tuviera en cuenta el fundamento supraindividual o colectivo de la legítima defensa:

- No se tendría en cuenta que, conforme al tenor literal del artículo 20. 4.º CP («El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos»), en la legítima defensa sólo se tutelan bienes jurídicos personales³⁴, es decir, sólo los bienes jurídicos cuyo portador sea el individuo o una persona jurídica, y no la sociedad o el Estado como órgano del poder soberano³⁵. Esto impide considerar a la legítima defensa como una reacción frente a cualquier acto antijurídico (que, por tanto, también ataca al orden jurídico)³⁶.

³⁰ Como expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

³¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

³² Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 208; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

³³ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, pp. 5 a 76; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

³⁴ Como observan DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 65; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 224.

³⁵ Como explica CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 208.

³⁶ Como consideran DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, y LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 65.

- No se podría explicar por qué el límite de la defensa se marca en lo necesario para salvar el bien jurídico atacado y no para reafirmar el orden jurídico³⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo, como expone en su Sentencia de 23 de junio de 1997 (LA LEY 9253/1997), estima que la legítima defensa «se basa en dos principios: la protección individual y la defensa del orden jurídico. Este último aspecto justifica al agredido cuando los órganos del Estado que tienen a su cargo la defensa del orden jurídico no han podido acudir en su ayuda, pero, al mismo tiempo, excluyen la defensa legítima cuando la autoridad tiene al agresor bajo su control». Respecto a esto último, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de abril de 2004 (LA LEY 1541/2004), expone lo siguiente: «desde la legitimidad que supone la necesidad de la respuesta por quien ha sido injustamente agredido porque el ordenamiento jurídico no consiente su paciente vulneración, antes bien se reconoce la legalidad de la respuesta por el agraviado, de acuerdo con el brocardo "deficiente magistratu, populus est magistratu", es decir, legitimidad de la autodefensa ante la imposibilidad de acudir a la respuesta institucional. Ello supone que en situación de legítima defensa, podrán aparecer justificados supuestos que no lo estarían en una situación de estado de necesidad --conflicto de bienes jurídicos-- dada la exigencia en este caso de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar»³⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia más reciente de otros órganos jurisdiccionales muestra su seguimiento de la tesis del doble fundamento de la legítima defensa, como la Sentencia de la AP de A Coruña (Sección 1ª), de 8 de noviembre de 2010 (LA LEY 251958/2010) [«los fundamentos de la legítima defensa ("el derecho no debe ceder ante lo injusto" y la ratificación del orden jurídico). Es el agresor quien infringe el derecho y el que -hasta cierto extremo, por supuesto-, debe soportar las consecuencias de la agresión antijurídica»]; la Sentencia de la AP de Alicante (Sección 2ª), de 6 de mayo de 2010 (LA LEY 104723/2010) («el fundamento de la legítima defensa, de afirmación de orden jurídico junto con el de protección de bienes jurídicos individuales, no permite la primacía del ataque injusto sobre la defensa justa»); la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 9ª), de 3 de marzo de 2015 (LA LEY 132957/2015) («el fundamento de la

³⁷ Como considera LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales... cit.*, p. 525.

³⁸ Como también expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

legítima defensa se encuentra en la necesidad de proteger los bienes jurídicos injustamente atacados y la prevalencia del Derecho»); las Sentencias de la AP de Las Palmas (Sección 1ª), de 23 de abril de 2012 (LA LEY 129849/2012), de 29 de mayo de 2012 (LA LEY 129899/2012), de 8 de octubre de 2012 (LA LEY 203856/2012), de 25 de octubre de 2012 (LA LEY 203858/2012), de 27 de febrero de 2013 (LA LEY 42166/2013), de 10 de mayo de 2013 (LA LEY 97361/2013), de 11 de abril de 2014 (LA LEY 77001/2014), y de 20 de noviembre de 2015 (LA LEY 211779/2015) [«el doble fundamento de la legítima defensa (que el derecho no debe ceder ante lo injusto, y que el orden jurídico debe ser ratificado), de manera que el agredido no está obligado a tolerar una lesión antijurídica de sus bienes, y debe ser el agresor quien soporte las consecuencias de sus actos»] y la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 3ª), de 24 de junio de 2016 (LA LEY 131430/2016) [«el doble fundamento de la legítima defensa (que el derecho no debe ceder ante lo injusto, y que el orden jurídico debe ser ratificado), de manera que el agredido no está obligado a tolerar una lesión antijurídica de sus bienes, y debe ser el agresor quien soporte las consecuencias de sus actos»].

2. NATURALEZA

Aunque se ha defendido la naturaleza de la legítima defensa de causa de exclusión de la culpabilidad³⁹, en la actualidad es dominante en la doctrina y jurisprudencia su consideración como causa de justificación⁴⁰, como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2010 (LA LEY 34237/2010)⁴¹:

«Como señala la STS de 3 de junio de 2003, "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, 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

³⁹ Como señalan LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* cit., p. 77; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», cit., p. 1, y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...* cit., p. 345.

⁴⁰ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», cit., p. 211; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* cit., pp. 91 a 94 y p. 520; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», cit., p. 1, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», cit., p. 224.

⁴¹ Como también expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», cit., p. 1.

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».

De la naturaleza de causa de justificación de la legítima defensa, LUZÓN PEÑA⁴² y SUÁREZ-MIRA⁴³ extraen las siguientes consecuencias jurídicas:

- Como la defensa es lícita ⁴⁴, no puede constituir una agresión ilegítima y, por tanto, contra ella no cabe legítima defensa y «los agresores carecen de derecho de legítima defensa frente a la defensa del agredido» [STS de 17 de septiembre de 1999 (LA LEY 11424/1999)].
- La participación en la defensa está, asimismo, justificada y, por tanto, es también lícita e impune.
- Para LUZÓN PEÑA⁴⁵, el error sobre los presupuestos de la legítima defensa debe tratarse, «según la teoría más correcta, igual que el error sobre los otros elementos del hecho, es decir, como error de tipo». No obstante, en la concepción que yo manejo, dicho error debe tratarse como un error de prohibición.
- La exención de responsabilidad criminal tiene como consecuencia la imposibilidad de sujeción a medidas de seguridad (artículo 20, último párrafo, *a contrario sensu*) y la inexistencia de responsabilidad civil (artículo 118 CP)⁴⁶.

⁴² LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* cit, pp. 101 a 103 y 526 a 527.

⁴³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», cit., p. 1.

⁴⁴ También, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», cit., p. 211, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», cit., p. 232.

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* cit, pp. 526 a 527.

⁴⁶ Esto último también CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», cit., p. 245; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», cit., p. 232.

- Resalta el valor del elemento subjetivo, «saber» la realidad de la agresión y «querer» defenderse frente a ella⁴⁷.

- Además, CEREZO MIR⁴⁸ y VIZUETA FERNÁNDEZ⁴⁹ señalan que la destrucción o los daños producidos en los medios o instrumentos utilizados por el agresor en su ataque quedan asimismo amparados por la legítima defensa, aunque tales medios pertenezcan a un tercero. Así, los daños causados en objetos de terceros no utilizados por el agresor en su ataque o las lesiones a otros bienes jurídicos de terceras personas (como la vida, la integridad física, etc.) que no han intervenido en la agresión no quedan amparados por la legítima defensa. No obstante, en estos últimos casos, podría aplicarse, si concurrieran todos sus requisitos, la eximente de estado de necesidad.

3. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES

Los bienes jurídicos defendibles a través de esta causa de justificación son exclusivamente los bienes personales⁵⁰, éstos son, los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, como, por ejemplo, la vida, la integridad y salud personales, la libertad sexual, el honor, la intimidad, el patrimonio, etc.⁵¹ Por tanto, no son bienes jurídicos defendibles a través de esta eximente los bienes jurídicos supraindividuales, éstos son, aquellos cuyo portador es la sociedad (por ejemplo, la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico, la salud pública, la seguridad vial, etc.) o el Estado, como ente soberano (por ejemplo, la seguridad interior y exterior del Estado, el orden público, el recto funcionamiento de la Administración pública, de la Administración de Justicia, etc.)⁵². No obstante, los bienes jurídicos pertenecientes al

⁴⁷ Esto sólo SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 1.

⁴⁸ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 245.

⁴⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 232.

⁵⁰ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 208 a 209, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

⁵¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225. A este respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286 añade que entre las personas físicas, se incluyen los difuntos, siempre que, además, sean sujetos pasivos de algún delito, y que la persona titular del bien jurídico podría ser el nasciturus, siempre que fuera, además, sujeto pasivo de algún delito, lo que no sucede en el aborto, en las lesiones al feto ni en los delitos de manipulación genética de los artículos 159 y 161, en los cuales el sujeto pasivo es la comunidad.

⁵² CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 208 a 209, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

Estado cuando éste actúa como persona jurídica (por ejemplo, el patrimonio económico del Estado) son susceptibles de ser defendidos a través de la legítima defensa⁵³.

La inclusión exclusiva de los bienes jurídicos personales en la legítima defensa viene dada por el propio tenor literal del artículo que la regula («en defensa de la persona o derechos propios o ajenos») si entendemos que los derechos a los que se refiere son los de la persona, física o jurídica⁵⁴. Además, se considera que la legítima defensa del Estado por el particular se presta fácilmente a abusos⁵⁵, y que la legítima defensa de bienes jurídicos pertenecientes a la sociedad introduce mucha inseguridad jurídica por la dificultad, en estos casos, en la apreciación de la concurrencia de los elementos de la legítima defensa (en especial, el de agresión ilegítima, el de necesidad de la defensa y el de la racionalidad del medio) (por ejemplo, homicidio o lesiones para prevenir o impedir agresiones ilegítimas a especies animales en peligro de extinción)⁵⁶.

En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS⁵⁷, «el creciente protagonismo de los bienes jurídicos colectivos obliga a replantear la cuestión en sentido favorable a la legítima defensa de bienes comunitarios».

No obstante, la defensa de bienes jurídicos supraindividuales se puede amparar, siempre que concurren sus requisitos, en otras causas de justificación, como el estado de necesidad justificante (artículo 20. 5.º CP) o, si el defensor es la autoridad o uno de sus agentes, el obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20. 7.º CP)⁵⁸.

⁵³ Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 208 a 209; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

⁵⁴ Como observan CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 208 a 209, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

⁵⁵ Como exponen DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

⁵⁶ Como consideran DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 285, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225. Ejemplo de DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286.

⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286.

⁵⁸ Como observan CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 208 a 209; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 286, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 224 a 225.

IV. REQUISITOS

En virtud del artículo 20. 4.º del CP, para que resulte aplicable la eximente completa de legítima defensa a un caso concreto, han de darse en el mismo todos sus requisitos o elementos objetivos y subjetivos.

Resulta expositiva a este respecto la STS de 6 de octubre de 2014 (LA LEY 146731/2014):

«La habitual invocación de esa causa de exoneración ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia de esta Sala que, con visible casuismo, ha ido definiendo los presupuestos que excluirían la antijuridicidad. Así, en la STS 527/2007, 5 de junio -con cita de la STS 1131/2006, 20 de noviembre - (LA LEY 145047/2006) recapitulábamos acerca del entendimiento jurisprudencial de los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de esta circunstancia eximente. Según el artículo 20.4º del Código Penal (LA LEY 3996/1995) , son: 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 se relaciona con la necesidad de la defensa por un lado y con la necesidad del medio concreto empleado en función de las circunstancias, por otro; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor. 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.

Ese ánimo de defensa -también hemos dicho con anterioridad-, queda excluido por el pretexto de defensa y se completa con la necesidad defensionis, cuya ausencia da lugar al llamado efecto extensivo o impropio, excluyente de la legítima defensa, incluso, como eximente incompleta (SSTS 972/1993, 26 de abril, 74/2001, 22 de enero (LA LEY 3066/2001) y 794/2003 (LA LEY 98580/2003), 3 de junio)».

1. ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos de la eximente completa de legítima defensa derivan del propio tenor literal del artículo 20. 4º CP, y son los siguientes: agresión ilegítima,

necesidad de la defensa, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y falta de provocación suficiente por parte del defensor.

1.1. Agresión ilegítima

El primer requisito que establece el artículo 20. 4º CP es la existencia de una agresión ilegítima frente a la que defenderse⁵⁹.

Respecto a este requisito, SUÁREZ-MIRA señala: «Es el presupuesto conceptual primario e indefectible de la eximente. Es tan *fundamental* que sin él no es posible hablar de legítima defensa, plena o incompleta, ni cabe atenuación de la conducta»⁶⁰, y MUÑOZ CONDE: «Este requisito es el elemento objetivo esencial o presupuesto de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo, del estado de necesidad)»⁶¹.

A) *Concepto de agresión*

El concepto de agresión requiere, en primer lugar, un comportamiento humano en sentido jurídico-penal que lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Así, los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto o el comportamiento de un sonámbulo, por ejemplo, no pueden constituir una agresión en este sentido, aunque efectivamente pongan en peligro bienes jurídicos personales⁶². En favor de esta interpretación, CEREZO MIR⁶³ y Díez RIPOLLÉS⁶⁴ señalan la exigencia legal de que la agresión sea ilegítima, pues la licitud o la ilicitud sólo pueden predicarse de acciones (u omisiones) humanas. En el supuesto del ataque de un animal, no constituye agresión en sentido jurídico penal a menos que sea azuzado por una persona, en cuyo caso pasa a ser un mero instrumento utilizado por

⁵⁹ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

⁶⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347.

⁶² Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 214 a 215, Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss. En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 528.

⁶³ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 214 a 215.

⁶⁴ Díez RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287.

el azuzador en su agresión⁶⁵. No obstante, Luzón Peña⁶⁶ estima que en este último caso sólo cuando el agresor sea dueño del animal, los daños al mismo se encontrarán amparados por la legítima defensa, puesto que considera que «la legítima defensa no puede abarcar las lesiones de bienes jurídicos del no agresor».

Se discute en la doctrina si una omisión puede constituir una agresión. Un sector cualificado de la doctrina (CEREZO MIR⁶⁷ Y DÍEZ RIPOLLÉS⁶⁸) considera que una omisión no puede constituir una agresión porque en ella faltan la causalidad y la voluntad de realización (finalidad)⁶⁹, mientras que la opinión dominante (LUZÓN PEÑA⁷⁰, MUÑOZ CONDE⁷¹, SUÁREZ-MIRA⁷²) considera que no existe razón suficiente para excluir a las omisiones del concepto de agresión, resultando perfectamente coherente con el doble fundamento de la legítima defensa⁷³. «Otra cosa es que en la mayor parte de los casos en que concurre una agresión omisiva, no será necesaria la defensa lesiva frente a dicha agresión, actuando contra el omitente, pues el

⁶⁵ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 214 a 215, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss. En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 528.

⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 532.

⁶⁷ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 212 a 213.

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287.

⁶⁹ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 212; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287. Así, CEREZO MIR define agresión como «la realización de una acción dirigida a la producción de la lesión de un bien jurídico».

⁷⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 529. A este respecto, expone: «[...] creo que, como la exigencia de acción equivale a conducta humana en sentido amplio, nada se opone a que la agresión consista en una omisión, si ésta pone en peligro bienes jurídicos particulares: en cambio, no es agresión una omisión pura, como p. ej. la omisión de socorro. Sin embargo, cabe plantear la objeción de que frente a agresiones omisivas no habría necesidad de defensa en absoluto, pues a un tercero le bastaría con realizar la conducta omitida; pero a esto hay que responder, por una parte, que ello no es válido cuando la omisión consiste en la no entrega de una cosa que sólo posee el omitente, y, por otra parte, que también puede haber necesidad de coaccionar, lesionar, etc., al omitente cuando se trata de una actuación que el defensor no sabe o no está en condiciones de realizar».

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347. A este respecto, expone: «La jurisprudencia y algún sector doctrinal suelen interpretar el término “agresión” en el sentido de “acometimiento”, ataque o acto de fuerza. Sin embargo, la expresión también puede ser entendida como acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo también en ella la omisión, cuando ésta suponga esa eventualidad (omisión de socorro a alguien que se encuentra en grave peligro)».

⁷² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

⁷³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

defensor podrá frecuentemente realizar por sí mismo la conducta salvadora del bien jurídico», como señala VIZUETA FERNÁNDEZ⁷⁴.

Además, se discute en la doctrina si, además de un comportamiento doloso, una conducta imprudente puede constituir una agresión. Mientras que un sector de la doctrina acepta la posibilidad de defensa contra conductas imprudentes (SUÁREZ-MIRA⁷⁵), otro (CEREZO MIR⁷⁶, DÍEZ RIPOLLÉS⁷⁷, LUZÓN PEÑA⁷⁸, MUÑOZ CONDE⁷⁹) considera que una acción imprudente no puede constituir una agresión, pues, en su opinión, la agresión supone la conciencia y voluntad de lesionar o arriesgar un bien jurídico. Así, en palabras de CEREZO MIR⁸⁰, «una acción que lesione un bien jurídico de un modo puramente causal, ciego, aunque sea como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, no constituye una agresión».

Por su parte, la jurisprudencia entiende por agresión «toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles». Así, las SsTS de 18 de diciembre de 2008 (LA LEY 226045/2008), de 9 de julio de 2010 (LA LEY 114127/2010), de 14 de octubre de 2010 (LA LEY 188029/2010), de 28 de diciembre de 2010 (LA LEY 249250/2010), de 19 de diciembre de 2011 (LA LEY 260789/2011), de 6 de marzo de 2013 (LA LEY 24661/2013), 29 de mayo de 2013 (LA LEY 92144/2013), 10 de junio de 2014 (LA LEY 74595/2014), de 6 de octubre de 2014 (LA LEY 146731/2014), de 12 de noviembre de 2014 (LA LEY 173841/2014), de 27 de mayo de 2015 (LA LEY 79693/2015), de 22 de diciembre de 2015 (LA LEY

⁷⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

⁷⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 2.

⁷⁶ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 213.

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 287.

⁷⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 530. A este respecto, expone lo siguiente: «Personalmente creo que imprudencia y agresión son incompatibles, pues el propio concepto de agresión exige voluntad lesiva y, sobre todo, porque frente a las acciones imprudentes carece de sentido y no puede desplegar su eficacia la función de intimidación de la legítima defensa: si el peligro no es inminente, lo procedente es avisar, tras lo que, de seguir adelante, la actuación se convierte de imprudente en dolosa; y en cualquier caso (tanto si no es inminente el peligro como si lo es) frente a la actuación imprudente de legítima defensa no puede desplegar su peculiar modo de intimidación consistente en la posibilidad de escalada progresiva en la intensidad de la reacción defensiva, lo que sólo tiene sentido frente al agresor doloso».

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347.

⁸⁰ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 213.

204623/2015), de 2 de marzo de 2016 (LA LEY 10776/2016) y de 28 de marzo de 2017 (LA LEY 19112/2017), entre otras muchas recientes.

Cabe resaltar, por su claridad expositiva, la STS de 10 de junio de 2014 (LA LEY 74595/2014):

«Por agresión debe entenderse toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles. Es decir cuando se ha reconocido que el acometimiento es sinónimo de agresión, tal tesis no es del todo completa, por cuanto ésta debe entenderse no solo 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 tener en 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.

Por tanto 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".

En definitiva, la agresión ilegítima no es solamente el acto físico de agredir sino la amenaza o la actitud de inminente ataque. Así constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un peligro inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes. Así en palabras de la STS. 5.4.98 "no es preciso que el que se defiende aguarde estoica e impasivamente, a que la agresión o el ataque se inicien"».

Además, cabe citar la STS de 23 de noviembre de 2010 (LA LEY 208860/2010): «concorre el requisito de la agresión ilegítima, que abarca tanto cuando ésta se ha

materializado físicamente, como cuando se trata de la amenaza real, inminente e injusta de un mal grave e inmediato».

Así, se aprecia un cambio en la interpretación jurisprudencial del concepto de agresión, en cuanto con anterioridad este concepto en la jurisprudencia del TS se relacionaba estrictamente con un acto físico o de fuerza, o con un acometimiento⁸¹, y en la jurisprudencia más reciente el concepto de agresión no se relaciona estrictamente con un acto de fuerza, sino que también se puede entender como agresión «una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato». No obstante, en la actualidad, como se ha expuesto, el concepto de agresión sigue siendo «toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles» «que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de los bienes», exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar». Así, la jurisprudencia incluye en el concepto de agresión requisitos («inminente», «peligro», «que haga precisa una reacción adecuada») que parte de la doctrina, como veremos, se incluye en otro requisito de la legítima defensa: la necesidad de defensa. Además, la jurisprudencia incluye aquí el requisito de que ese riesgo inminente sea sobre bienes jurídicos defendibles.

B) *Ilegitimidad de la agresión*

La agresión ha de ser ilegítima. Ilegítima significa ilícita, antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. En consecuencia, frente a agresiones que se encuentren justificadas (es decir, amparadas por una causa de justificación, como la propia legítima

⁸¹ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 215 a 216, respecto a esta interpretación, señalaba: «Esta interpretación restringida no se ajusta al fundamento de la legítima defensa, pues conduce a una drástica reducción de los bienes jurídicos defendibles cuyo portador es el individuo (o una persona jurídica) y es contraria, por tanto, a la voluntad de la ley. Voluntad que se pone de manifiesto también en las definiciones de la agresión ilegítima a los bienes (patrimoniales) y a la morada, en las que no se exige la concurrencia de un acometimiento personal, material o físico». Por su parte, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 527: «La jurisprudencia mayoritaria y un sector doctrinal, antes más numeroso, pero hoy muy minoritario, han concebido la agresión como acometimiento físico, violento y personal, de modo que sólo serían defendibles la vida e integridad, y los demás bienes jurídicos sólo cuando fueran afectados simultáneamente con un acometimiento personal. Sin embargo, como esa idea responde a una concepción estrecha y anticuada de la defensa como reacción violenta contra un ataque violento, y como carece de base tanto gramaticalmente, pues cabe una acepción más amplia del ataque, como legalmente, donde se definen agresiones a derechos, y concretamente a los bienes y a la morada, sin connotación de violencia alguna, parte de la jurisprudencia moderna y la doctrina mayoritaria rechazan con razón la exigencia del acometimiento y entienden la agresión como ataque, injerencia, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

A mi juicio, el concepto debe precisarse más: agresión es la acción de puesta en peligro dolosa de algún bien jurídico».

defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho), al no ser ilegítimas, no se puede invocar la legítima defensa⁸². En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 2013 (LA LEY 204406/2013).

Por otra parte, la práctica totalidad de la doctrina española considera que no es necesario que la agresión sea culpable, pues el CP no lo exige⁸³ y como argumenta DÍEZ RIPOLLÉS⁸⁴, en la práctica no resulta fácil que el agredido discrimine según cualidades personales del agresor, de manera que, conforme a esta opinión, puede actuarse en legítima defensa frente a una agresión ilegítima de un inimputable (por anomalía o alteración psíquica, por estado de intoxicación plena o síndrome de abstinencia, por alteraciones en la percepción desde el nacimiento o infancia que alteren gravemente su conciencia de la realidad o la menor edad) o de una persona que actúa bajo una causa de inculpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable o error de prohibición invencible)⁸⁵. No obstante, LUZÓN PEÑA⁸⁶, en contra de esta opinión, expone lo siguiente:

«Como la agresión puede ser antijurídica, aunque no sea culpable -y tampoco el concepto de agresión requiere culpabilidad-, *de lege lata* tiene razón la doctrina dominante que rechaza que la legítima defensa requiera una agresión culpable. Pero *de lege ferenda* me parece más correcto restringir la agresión ilegítima a la que sea además culpable, pues sólo frente a ella desplegará su eficacia la función de intimidación de la defensa y sólo frente al agresor responsable, que sabe y elige el riesgo que corre, se justifica plenamente la dureza de la defensa».

⁸² Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 230, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 532, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, p. 3; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss. A este respecto, MUÑOZ CONDE señala: «Pero esta antijuricidad no debe ser puramente formal, sino material; es decir, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos defendibles, que con la agresión estén en verdadero riesgo inminente de ser lesionados».

⁸³ Como señala CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 216.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

⁸⁵ Véase, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 217 a 218, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss. A este respecto, MUÑOZ CONDE señala: «Por tanto, aunque en la medida de lo posible por razones ético-sociales debe evitarse reaccionar violentamente frente a ataques de menores o inimputables, en principio no hay obstáculo legal alguno para actuar contra ellos en legítima defensa, si se dan los demás requisitos de esta causa de justificación. Esta apreciación es una buena prueba del valor práctico de la diferencia entre la antijuricidad y la culpabilidad».

⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* *cit.*, p. 533.

Respecto al origen de la ilicitud de la agresión, un sector de la doctrina considera que la agresión ilegítima tiene que constituir una infracción penal (LUZÓN PEÑA⁸⁷, MUÑOZ CONDE⁸⁸, SUÁREZ-MIRA⁸⁹), mientras que la opinión mayoritaria (CEREZO MIR⁹⁰, DÍEZ RIPOLLÉS⁹¹) no considera que sea necesario y que, por tanto, la ilicitud de la agresión puede provenir de la infracción de las normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.), pues el CP no lo exige (salvo en las agresiones a bienes patrimoniales) y la interpretación contraria sería contraria al doble fundamento de la legítima defensa⁹². No obstante, señala VIZUETA FERNÁNDEZ⁹³ que «con todo, la mayor parte de las agresiones frente a las que se opone una defensa legítima enjuiciadas por los tribunales de justicia son constitutivas de una infracción penal. Por el contrario, los supuestos de legítima defensa frente a agresiones constitutivas de una infracción no penal (ilícitos civiles, administrativos, etc.), son meramente testimoniales».

C) *Conceptos específicos de agresión ilegítima a bienes jurídicos patrimoniales y a la morada o sus dependencias*

El artículo 20.4.º Primero del CP después de enumerar como primer requisito de la legítima defensa a la agresión ilegítima, ofrece dos definiciones específicas del concepto de agresión ilegítima para los bienes patrimoniales («en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en

⁸⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales...* cit, p. 536.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 347. A este respecto, MUÑOZ CONDE expone: «Esto se desprende claramente de la referencia legal a la defensa de los “bienes”, cuando el ataque a los mismos constituye “delito”, o la de la morada, cuyo allanamiento constituye también un “delito”; pero es, además, una exigencia político-criminal evidente, ya que sólo la agresión constitutiva del tipo de injusto de un delito puede tener la entidad suficiente como para justificar la defensa. En definitiva, lo que se quiere conseguir exigiendo estos requisitos de la agresión antijurídica es limitar, por razones ético-sociales, el principio de “prevalencia del Derecho” a toda costa frente al agresor injusto, no permitiendo la legítima defensa nasa más que frente a agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes».

⁸⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», cit., p. 3.

⁹⁰ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», cit., p. 215.

⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», cit., p. 288.

⁹² Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», cit., p. 215; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», cit., pp. 225 y ss.

⁹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», cit., pp. 225 y ss.

grave peligro de deterioro o pérdida inminentes») y para la morada o sus dependencias («en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida de aquélla o éstas»)⁹⁴.

Estas definiciones suponen una restricción del concepto de agresión ilegítima general y, en consecuencia, «una limitación del ámbito de la legítima defensa respecto de los bienes patrimoniales y la morada», como señala VIZUETA FERNÁNDEZ⁹⁵.

Respecto a la definición de agresión ilegítima a los bienes patrimoniales, se exige que el ataque a los mismos constituya delito. Por tanto, se excluyen del concepto de agresión ilegítima a los bienes patrimoniales aquellos ilícitos que no sean penales, sino ilícitos procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico. Respecto al inciso «los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes», la doctrina considera que resulta redundante, en cuanto está implícito en el requisito de necesidad de la defensa de la legítima defensa en general, es decir, para todo bien jurídico, y no solo para los bienes patrimoniales⁹⁶. Y respecto al inciso de «grave», CEREZO MIR⁹⁷ considera que: «implica una restricción meramente aparente o insignificante del concepto de agresión ilegítima, pues si ésta implica un peligro de lesión de un bien jurídico -lo cual es obligado, pues de lo contrario la defensa no sería necesaria- este peligro será casi siempre grave, es decir la lesión del bien jurídico será bastante probable». Por su parte, respecto a la defensa de bienes, el Tribunal Supremo ha expuesto lo siguiente en su Sentencia de 30 de noviembre de 2017 (LA LEY 177915/2017): «Un carácter previo habría que señalar el recelo -o incluso la repugnancia- que en la doctrina de la jurisprudencia, siempre produjo el que frente a una agresión o ataque patrimonial pudiese estimarse justificada una reacción defensiva productora de la muerte del ofensor o la puesta en peligro grave, ha dado lugar a que se introdujesen criterios o doctrinas

⁹⁴ Así, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

⁹⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

⁹⁶ Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 221, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

⁹⁷ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 221.

correctoras en orden a la aplicación de la legítima defensa de los bienes y como principal es de resaltar lo que dio entrada al principio de la ponderación de bienes».

Por otro lado, CEREZO MIR⁹⁸ y DÍEZ RIPOLLÉS⁹⁹ señalan que no se trata de un deterioro o pérdida de los bienes en sentido material, pues por bienes se entiende no sólo las cosas (muebles o inmuebles), sino también los derechos patrimoniales sobre ellas. No obstante, DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰⁰ añade que no caben, sin embargo, los derechos de crédito, al no ser un bien jurídico, y que debe distinguirse entre defensa de un bien y realización de un derecho por propia mano. Además, DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰¹ señala que tampoco la pérdida o el deterioro deben entenderse en sentido estricto, bastando cualquier desplazamiento del bien del ámbito de posesión del agredido al agresor.

Respecto a la definición de agresión ilegítima a la morada o sus dependencias, solo se reputa agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Por tanto, se excluye del concepto de agresión ilegítima a la morada o sus dependencias, la permanencia en morada ajena en contra de la voluntad del morador¹⁰², «como sería el caso de quien entra en morada ajena con el consentimiento del morador y se niega a abandonarla tras ser echado de la misma por este», como señala VIZUETA FERNÁNDEZ¹⁰³.

D) *Riña libre y mutuamente aceptada*

Existe una ya consolidada jurisprudencia conforme a la cual en los supuestos denominados de “riña libre y mutuamente aceptada” no se aprecia el requisito de la legítima defensa de agresión ilegítima, puesto que se entiende que en aquellas circunstancias los contendientes se convierten en recíprocos agresores¹⁰⁴. Así, las SsTS de 4 de febrero de 2008 (LA LEY 17736/2008), de 18 de noviembre de 2009 (LA LEY

⁹⁸ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 221. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

¹⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

¹⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

¹⁰² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa ...», *cit.*, p. 289.

¹⁰³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 225 y ss.

¹⁰⁴ Como expone SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa», *cit.*, pp. 3 a 4.

233137/2009), de 30 de enero de 2010 (LA LEY 4019/2010), de 26 de abril de 2010 (LA LEY 76135/2010), de 14 de octubre de 2010 (LA LEY 188029/2010), de 19 de diciembre de 2011 (LA LEY 260789/2011), de 10 de julio de 2012 (LA LEY 103729/2012), de 26 de septiembre de 2012 (LA LEY 149055/2012) («Ante una riña fruto de la voluntad de ambos partícipes no cabe legítima defensa al quedar fuera de la protección penal, ya que cada uno de los intervinientes se convierte en recíproco agresor»), de 31 de octubre de 2012 (LA LEY 183318/2012), de 29 de noviembre de 2012 (LA LEY 188776/2012), de 8 de mayo de 2013 (LA LEY 45522/2013), de 29 de mayo de 2013 (LA LEY 92144/2013), de 22 de octubre de 2013 (LA LEY 164130/2013), de 31 de octubre de 2013 (LA LEY 174606/2013), de 30 de diciembre de 2014 (LA LEY 187521/2014), de 27 de mayo de 2015 (LA LEY 79693/2015) y de 11 de junio de 2015 (LA LEY 84369/2015).

Cabe resaltar la STS de 10 de julio de 2012 (LA LEY 103729/2012), por su claridad expositiva:

«Como hemos afirmado en la Sentencia de este Tribunal nº 363/2004 de 17 de marzo, 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 (LA LEY 11039/2003) de 4 febrero)". En sentido similar, la STS 64/2005, de 26 de enero, según se recoge en la Sentencia nº 1180/2009 de 18 de noviembre».

No obstante, también se ha señalado que dicha reiterada interpretación jurisprudencial no exonera a los jueces de averiguar el origen de la riña y, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, con la finalidad de distinguir a los reales participantes en la riña de quien fue agredido y únicamente se limitó a repeler dicha agresión (es decir, de quien realmente actuó en legítima defensa, concurriendo el requisito de la agresión ilegítima). Además, se aprecia la eximente de legítima defensa en aquellos casos en que

la acción de un participante sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita que concurre en los supuestos de riña libre y mutuamente aceptada, apareciendo modos o medios de forma sorpresiva teniendo en cuenta tal aceptación, y produciéndose, por tanto, un cambio cualitativo en la situación de los contendientes. A este respecto, cabe citar la STS de 19 de diciembre de 2011 (LA LEY 260789/2011):

«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 caber 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 estos casos se ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa (SSTS. 29.1.2001, y 214/2001 de 16.2), siendo indiferente la prioridad en la agresión (SSTS. 31.10.88 y 14.9.91), si bien se ha precisado que ello no exonera a los Jueces de averiguar " la génesis de la agresión y 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" (SSTS. °1265/93 de 22.5, 312/2001 de 1.3, 399/2003 de 13.3). Y a tal supuesto en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en 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 descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba" (STS. 1253/2003 (LA LEY 150202/2003) de 13.3), a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en 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 descomedidos o armas peligrosas, con las que no contaba" (STS. 1253/2005 de 26.10), produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes (SSTS. 521/95 de 5.4, 20.9.91).».

E) *Elemento esencial*

La agresión ilegítima es un elemento esencial de la legítima defensa. Esto significa que su no concurrencia en el caso concreto determina la no aplicabilidad de la eximente, tanto completa como incompleta, de legítima defensa. En este sentido, las SsTS de 6 de octubre de 2017 (LA LEY 142266/2017) (entre otras): «Lo que nunca puede faltar para que podamos hablar de legítima defensa, tanto completa como incompleta, es el requisito de la agresión ilegítima. Si no concurre como en el presente caso, no puede hablarse en forma alguna de legítima defensa», y de 30 de noviembre de 2017 (LA LEY 177915/2017): «Por ello para que pueda hablarse de legítima defensa, tanto a efectos de eximente completa como incompleta o incluso como atenuante analógica, es necesario que exista una agresión ilegítima que provoque en el agredido la necesidad de defenderse. La agresión y tal necesidad de defensa son como el anverso y reverso de la misma situación (SSTS 1617/2003 (LA LEY 378/2004) de 12 diciembre, 1248/2006 de 5 diciembre)».

1.2. Necesidad de la defensa

El segundo requisito de la legítima defensa que enumera el artículo 20. 4.º del CP en su apartado Segundo es la «necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión». No obstante, como observa la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia [en este sentido, las SsTS de 19 de noviembre de 2007 (LA LEY 193646/2007), de 21 de noviembre de 2007 (LA LEY 193630/2007), 18 de noviembre de 2009 (LA LEY 233137/2009), de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 254347/2009), de 4 de marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011)¹⁰⁵, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY

¹⁰⁵ STS de 4 de marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011): «La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, 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 exceso 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 en 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. [...] De modo que (STS 86/2002, de 28 de enero) la "necessitas defensionis" puede entenderse en un doble sentido; como

192225/2012) y de 6 de marzo de 2013 (LA LEY 24661/2013)¹⁰⁶ y de 30 de noviembre de 2017 (LA LEY 177915/2017)¹⁰⁷], de este apartado del artículo 20.4.º del CP derivan, en realidad, dos requisitos con contenido propio: la necesidad de la defensa (relativo a la necesidad de defenderse en general), de carácter previo, y la necesidad racional del medio empleado en la defensa (necesidad del medio de defensa concreto utilizado)¹⁰⁸.

A) *Necesidad de la defensa*

La necesidad de la defensa exige, en primer lugar, que la agresión ilegítima sea inminente o actual¹⁰⁹ [en este sentido, la STS de 6 de noviembre de 2012 (LA LEY 174607/2013)¹¹⁰, de 8 de mayo de 2013 (LA LEY 45522/2013): «El elemento central de

necesidad de una reacción defensiva y como necesidad de los medios empleados para su realización, aptitud y proporcionalidad de los mismos».

¹⁰⁶ STS de 6 de marzo de 2013 (LA LEY 24661/2013): «Se impone en todo caso la fundamental distinción entre la falta de necesidad de la defensa, y la falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio, bien porque la reacción se anticipa o bien porque se prorroga indebidamente y la legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos casos, ni como completa ni incompleta (SSTS. 27.1.2001, 3.6.2003, 21.6.2007). Por el contrario, si lo que falta es la proporcionalidad de los medios, el posible exceso, llamado intensivo o propio, obliga a ponderar como juicio de valor, no solo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas (sentencias 6-5-98 y 16-11-2003), teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y las responsabilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, y a la propia naturaleza humana.

Por ello el exceso intensivo o propio no impide la apreciación de una eximente incompleta, STS. 10.10.96, e incluso puede ser cubierto -como razona la STS. 1708/2003 de 18.12, por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida en una situación límite».

¹⁰⁷ STS de 30 de noviembre de 2017 (LA LEY 177915/2017): «[...] como es sabido, frente a anteriores criterios que encuadraban el requisito de la necesidad de la defensa o el llamado "estado de necesidad defensivo", en el número dos de la circunstancia cuarta del artículo 20 CP (LA LEY 3996/1995), o sea con "la necesidad racional del medio empleado", lo que conlleva que la falta de concurrencia del requisito de la necesidad de defensa, no fuese obstáculo para que la eximente de legítima defensa pudiese ser apreciada como incompleta, por considerar que no se trataba de un requisito esencial como acontece en el número 1, o sea con la agresión ilegítima, la jurisprudencia, así como la doctrina, hace tiempo que han venido independizando el requisito de la defensa necesaria del número 2, por entender que este es meramente instrumental y de efectos mucho más restringidos, ya que aquél supone una necesidad de defensa en todo que en modo alguno puede faltar para que la legítima defensa pueda ser apreciada como completa o incompleta, viniendo así a equiparar este requisito del número 1».

¹⁰⁸ Como también expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss. En este sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 231; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 350.

¹⁰⁹ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 231, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 349; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹¹⁰ STS de 6 de noviembre de 2013 (LA LEY 174607/2013): «la reacción del recurrente tiene lugar cuando la agresión ilegítima había ya finalizado. Efectivamente, había existido, en la forma de intento de atropello con un vehículo, pero el recurrente dispara su arma contra el vehículo cuando Hermenegildo,

la legítima defensa es la necesidad de actuar en defensa, situación en la que se encuentra el sujeto ante una agresión ilegítima actual o inminente», y de 2 de marzo de 2016 (LA LEY 10776/2016): «agresión ilegítima actual, inminente, imprevista y de suficiente y eficiente entidad para la puesta en peligro de la persona o derechos del recurrente», entre muchas otras¹¹¹]. En cuanto a la agresión inminente, es aquella que va a tener lugar de forma inmediata e incluye los actos preparatorios inmediatamente anteriores a la fase de tentativa¹¹². Así, como expone VIZUETA FERNÁNDEZ¹¹³, «habrá ya necesidad de la defensa frente a quien dirige con rapidez su mano al bolsillo con la intención de sacar una pistola con la que disparar a una persona (aunque todavía no exista en esencia tentativa)». Por el contrario, no concurrirá necesidad de la defensa frente a un acto preparatorio que todavía no esté próximo a la tentativa, «como es el caso de quien compra un cuchillo con la intención de cometer un homicidio días después»¹¹⁴. Así, como señala MUÑOZ CONDE¹¹⁵, la denominada defensa preventiva, basada en una predicción y no en una agresión, no constituye legítima defensa¹¹⁶. En cuanto a la agresión actual [en este sentido, la STS de 4 de marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011)]¹¹⁷, es aquella que está teniendo lugar, es decir, aquella agresión que todavía

conduciéndolo, ya "circulaba hacia delante para marcharse de allí". Es decir, que la agresión ya había finalizado, de forma que la defensa ya no era necesaria, lo que impide la aplicación de la eximente completa o incompleta».

¹¹¹ Como las SsTS de 25 de enero de 2010 (LA LEY 877/2010), de 14 de octubre de 2010 (LA LEY 188029/2010), de 12 de noviembre de 2014 (LA LEY 173841/2014) y de 28 de marzo de 2017 (LA LEY 19112/2017).

¹¹² Como explica VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹¹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹¹⁴ Cita de VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 349.

¹¹⁶ Respecto a la agresión inminente, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, pp. 349 a 350., añade lo siguiente: «Los márgenes admisibles en la apreciación de esta circunstancia deben establecerse con los módulos objetivos ya señalados (riesgo permitido, adecuación social, etc.), situándose, el juzgador *ex ante* en las circunstancias en las que el sujeto activo actuó.

En general, se puede decir que el margen de apreciación subjetiva que debe concederse al individuo en la constatación de las circunstancias fácticas que permiten una legítima defensa se debe establecer de acuerdo con un doble baremo: uno objetivo, que se corresponde con la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y otro, subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende, valorándolos, a su vez, con el criterio objetivo antes mencionado».

¹¹⁷ STS de 4 marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011): «[...] la necesidad de la defensa exige la actualidad de la agresión, presente en su existencia y persistente en la creación de un riesgo para el bien jurídico de que se trate. Ello 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».

no ha concluido¹¹⁸, pues en caso contrario, como señala CEREZO MIR¹¹⁹, no estaríamos ante una reacción defensiva, sino de venganza. Por tanto, como también expone VIZUETA FERNÁNDEZ¹²⁰, no concurre necesidad de la defensa en la víctima que dispara a su agresor cuando ya abandonaba el lugar de los hechos o en el padre que golpea al violador de su hija una vez consumado el delito de violación. Estos casos serían supuestos de exceso extensivo en la legítima defensa¹²¹. No obstante lo expuesto, consumación del delito y finalización de la agresión no siempre coinciden (en el caso de que la agresión ilegítima constituya un ilícito penal¹²²), de manera que, aunque se haya consumado formalmente el delito, la agresión puede ser actual si continúa el ataque al bien jurídico. Esto sucede en los denominados delitos permanentes (por ejemplo, las detenciones ilegales) mientras perdure la situación antijurídica (la privación de libertad)¹²³.

Por su parte, a este respecto, la STS de 12 de junio de 2013 (LA LEY 92141/2013) expone lo siguiente: «La necesidad de la defensa tampoco se discute, atendiendo a que era racionalmente previsible que la actitud agresiva aún no hubiera concluido y a que la reacción fue inmediata. En este sentido, la STS nº 670/1999, se 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 segundo lugar, la necesidad de la defensa exige que la agresión ilegítima sea peligrosa. Para su determinación, debe llevarse a cabo un juicio de previsibilidad objetiva, de manera que en un juicio *ex ante* la lesión del bien jurídico amenazado

¹¹⁸ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss, y, en el mismo sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 231.

¹¹⁹ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 231. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 349.

¹²⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹²¹ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 349.

¹²² Como señala CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 232.

¹²³ Como explica VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss, a lo que añade la siguiente aclaración: «Aunque el delito de detención se consuma ya con la acción de encerrar, la agresión sigue siendo actual mientras dure el cautiverio, por lo que el detenido podrá ampararse en la legítima defensa en cualquier momento del mismo». En el mismo sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 232, añadiendo el ejemplo del ladrón que huye con el objeto robado.

aparezca como una consecuencia no absolutamente improbable. Así, no concurre la necesidad de la defensa frente a tentativas inidóneas¹²⁴.

Por último, la necesidad de la defensa exige que la agresión ilegítima sea inevitable si no se lleva a cabo la defensa¹²⁵. Como señala VIZUETA FERNÁNDEZ¹²⁶, la necesidad de la defensa implica que, frente al riesgo para el bien jurídico proveniente de la agresión ilegítima, haya que hacer algo, lo que sea, para que ese riesgo no llegue a realizarse, para impedir o repeler esa agresión. Por ello, la posibilidad de huida o de acudir a un agente de la autoridad o recabar el auxilio de terceras personas que tenga el agredido en el caso concreto no excluye la necesidad de la defensa, pues el agredido, en estos casos, sigue viéndose obligado a hacer algo para evitar la agresión ilegítima¹²⁷. Asimismo, resulta irrelevante para la necesidad de la defensa que el agresor actúe sin culpabilidad o la irreparabilidad del mal. Respecto a los casos de legítima defensa de tercero, la voluntad de éste tampoco condiciona la necesidad de la defensa, salvo que el bien jurídico atacado sea la libertad o se trate de un bien jurídico disponible (libertad, patrimonio, honor), en cuyo caso el consentimiento del ofendido, al excluir la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta, excluye la concurrencia de una agresión ilegítima¹²⁸.

B) *Elemento esencial*

La necesidad de defensa es un elemento esencial de la legítima defensa. En consecuencia, su no concurrencia en el caso concreto excluye la aplicabilidad de la

¹²⁴ Como exponen CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 232; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹²⁵ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 233.

¹²⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹²⁷ A este respecto, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 233., estima lo siguiente: «La posibilidad de huida no excluye la necesidad de la defensa, pues de lo contrario se desconocería el fundamento supraindividual de esta causa de justificación: el Derecho no debe ceder ante lo injusto. La opinión dominante se limita a considerar, en cambio, que la huida no es exigible cuando sea un medio inseguro o incluso contraproducente, para evitar la agresión o cuando sea vergonzosa, pues de lo contrario se impondría al agredido una lesión en su honor en favor del injusto agresor».

¹²⁸ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 233; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss. Por último, CEREZO MIR señala lo siguiente: «La necesidad de la defensa debe concurrir de un modo objetivo, pero para enjuiciar algunos de sus aspectos, concretamente si la agresión ilegítima era o no inminente, o y si era inevitable sin recurrir a una reacción defensiva, el juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del agredido y en el momento en que éste creía que era inminente o se iniciaba la agresión».

eximente de legítima defensa, tanto completa como incompleta¹²⁹. En este sentido, la STS de 8 de mayo de 2013 (LA LEY 455/2013).

1.3. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

A) *Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión*

El defensor debe utilizar el medio que sea estrictamente necesario para impedir o repeler la agresión. El medio estrictamente necesario para la defensa es el medio, de entre los que se encuentran al alcance del defensor y que son igualmente seguros y suficientes para rechazar la agresión, menos lesivo para el agresor (principio de menor lesividad)¹³⁰. Como explica VIZUETA FERNÁNDEZ¹³¹, este principio de menor lesividad no exige la asunción de ningún riesgo innecesarios por parte del defensor, de manera que si el medio menos lesivo para el agresor que se encuentre al alcance del defensor no es completamente seguro para repeler la agresión, el defensor podrá utilizar un medio más gravoso para el agresor pero seguro para la defensa. No obstante, esto no es obstáculo para exigir al defensor que comience utilizando medios defensivos de menor intensidad (por ejemplo, un disparo de advertencia), siempre que, en caso de no tener éxito, pueda utilizar medios más contundentes pero seguros para repeler la agresión (por ejemplo, un disparo al cuerpo).

Para la valoración de este requisito, debe adoptarse una perspectiva objetiva *ex ante*: el juez debe colocarse en la posición del agredido en el momento en que la agresión se inicia o es inminente y tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, como la rapidez e intensidad de la agresión, el carácter inesperado o no de la misma, las características del agresor y los medios utilizados por éste, los medios que tenía a su alcance el agredido para defenderse y su estado de ánimo, etc.¹³². Así,

¹²⁹ Como también expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹³⁰ Así, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 234; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹³¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹³² CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 234; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

como señala VIZUETA FERNÁNDEZ¹³³, aunque se compruebe con posterioridad que el defensor podría haber utilizado un medio seguro menos lesivo para el agresor, el medio más agresivo utilizado será racionalmente necesario si, por ejemplo, por la rapidez e intensidad del ataque, una persona sensata, en la posición del agredido, se hubiera comportado de la misma manera que éste.

Un sector de la doctrina (MUÑOZ CONDE¹³⁴) y la jurisprudencia [en este sentido, las SsTS de 21 de noviembre de 2007 (LA LEY 193630/2007), de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 254347/2009), de 4 de marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011) y de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 192225/2012)] defienden que la necesidad racional del medio empleado exige proporcionalidad. A este respecto, resulta ilustrativa la STS de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 192225/2012):

«Encontrar el exacto punto de inflexión, para determinar a partir de qué situación la defensa es racional en atención a los medios empleados y al uso que de los mismos se haga para impedir o repeler la agresión ilegítima, exige la elaboración de un juicio de valor que tiene necesariamente que adaptarse a la numerosa variabilidad de las situaciones examinadas. Es necesario hacer un minucioso y exhaustivo examen de las circunstancias del caso, sin establecer apriorismos que pretendan solucionar a la vez todos los supuestos planteables. En situaciones de legítima defensa claramente determinadas, no es exigible que la reacción defensiva, en la forma y en los medios, sea absolutamente proporcionada o igualitaria ya que serán las circunstancias de cada caso, las que nos permitirán valorar la necesidad racional de la defensa empleada.

Es necesario partir de la efectiva situación en que se encuentran, en el momento de la agresión, el agresor y el agredido. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta la situación anímica del agredido y la perturbación que en su ánimo haya podido causar el comportamiento agresivo de la persona o personas que le acometen. Para establecer la necesidad racional del medio empleado en la defensa no sólo cuenta la naturaleza y características del instrumento defensivo sino también la posibilidad de acudir a otras alternativas defensivas que aminoren o eviten el mal que se pueda causar con el

¹³³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 350.: «La racionalidad del medio empleado, que exige la *proporcionalidad*, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo más, vendría en consideración la eximente incompleta (*exceso intensivo*)».

ejercicio legítimo de la actitud defensiva ("ad exemplum" STS de 24 de febrero de 2000).

En ese ámbito de la racionalidad de la reacción defensiva, es necesario partir de la base de que la agresión ilegítima no requiere que ésta se materialice con un acto de acometimiento efectivo contra una persona, siendo suficiente para ejercer la legítima defensa cualquier actitud de la que pueda racionalmente deducirse que puede crear un riesgo inminente, serio y grave para los bienes jurídicos defendibles, y que haga precisa una reacción adecuada ("racional") que mantenga la integridad de dichos bienes, pues la legítima defensa no exige que en casos de ataque inminente, haya de esperarse a su inicio efectivo, lo que en ocasiones haría ilusoria la posibilidad de mantener la integridad del bien jurídico amenazado (véanse SSTs de 27 de abril de 1998, 16 de noviembre de 2.000, 18 de diciembre de 2003 y 12 de julio de 2004). Esta es, justamente, la situación en la que se encontraba el acusado en el caso presente como luego veremos.

Pues bien, como ya apuntábamos más arriba, para evaluar la racionalidad de los medios empleados para ejercer el derecho a la legítima defensa, es menester subrayar 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 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. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva "ex ante". Es decir, que junto al uso que se haga de los instrumentos de defensa, y evaluando el estado mental de discernimiento del agredido, hay que ponderar si para éste la reacción defensiva puede entenderse racionalmente adecuada, pues, como señalaba la STS de 12 de mayo de 2004 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 se 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" (SS. 24 febrero 2000, 16 noviembre 2000 y 17

octubre 2001). Dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de racionamientos y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión.

Por eso, junto al estado psíquico del agredido en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.».

No obstante, la opinión mayoritaria afirma que la necesidad racional del medio empleado no exige proporcionalidad entre los bienes jurídicos implicados en la defensa, esto es, el bien jurídico agredido y el bien jurídico menoscabado con la acción defensiva, ni entre los medios utilizados por agresor y defensor, ni entre el daño causado por éste y el que se trataba de evitar con la defensa, pues la regulación de la legítima defensa no lo exige y es perfectamente coherente con el doble fundamento de la legítima defensa¹³⁵. No obstante, CEREZO MIR¹³⁶ y VIZUETA FERNANDEZ¹³⁷ señalan que se encuentran excluidos del ámbito de la justificación los supuestos de extrema desproporción, aunque el primero se refiere a la desproporción respecto a la entidad criminal del ataque y con base en el principio general de la ilicitud del abuso del

¹³⁵ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss., a lo que añade: “Así p.ej., podrá lesionarse el bien jurídico vida para evitar la lesión del bien jurídico integridad corporal, podrá utilizarse un objeto contundente (un palo, una barra de hierro) frente a quien ataca simplemente con las manos, y podrán causarse lesiones graves para impedir la causación de lesiones de menor consideración, siempre, claro está, que en todos estos supuestos la concreta defensa desplegada haya sido, como se ha dicho, estrictamente necesaria para impedir o repeler la agresión». En este sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 235., a lo que añade: «La reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al ordenamiento jurídico. Es lícito causar lesiones corporales o dar muerte al agresor si es estrictamente necesario para impedir o repeler un ataque a la libertad, la libertad sexual, el honor o la propiedad».

¹³⁶ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 237.

¹³⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

derecho (artículo 7.2 CC) y el segundo con base en el fundamento supraindividual de la legítima defensa¹³⁸.

La posibilidad de huir que tenga el agredido en el caso concreto no excluye este requisito, puesto que exigirle la huida cuando ésta no implique ningún riesgo, supondría obligarle a soportar otra agresión contra su libertad de movimientos y posiblemente contra su dignidad. Tampoco la posibilidad de recabar la ayuda de terceras personas excluye este requisito si ello implica una huida temporal del lugar de los hechos. No obstante, si estas personas (agentes de la autoridad, ciudadanos) se encuentran en el lugar de los hechos y su intervención supone un medio seguro para repeler la agresión y menos lesivo para el agresor que la sola actuación del agredido, éste estará obligado a servirse de ellas¹³⁹.

Respecto a los casos en los que el agresor es un inimputable, un semiimputable o se halle en un error, CEREZO MIR¹⁴⁰ señala que ello influye en el medio racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión, siendo suficiente, quizá la utilización de medios estrictamente defensivos (como parar el golpe, tratar de convencer al menor, amenazarle con informar a sus padres, utilizar cualquier medio engañoso o que distraiga la atención del que padece una anomalía o alteración psíquica, informar a la persona que es víctima de un error, etc.) y en el caso de que no sean suficientes, entonces, el agredido podrá recurrir a medios ofensivos para impedir o repeler la agresión. Además, indica que el hecho de que el mal causado por la agresión ilegítima sea reparable posteriormente acudiendo a los tribunales de justicia, tampoco afecta a la concurrencia de este requisito, pues la reparación llegaría en todo caso con posterioridad a la agresión y lesión del bien jurídico y no sería, por tanto, un medio defensivo.

¹³⁸ En contra, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 237., cuando expone lo siguiente: «No es cierto, en cambio, que en estos casos falte el fundamento supraindividual de la legítima defensa, es decir la necesidad de defender el ordenamiento jurídico, puesto que existe una agresión ilegítima, la defensa es necesaria (la agresión es inminente o actual, e inevitable sin recurrir a una reacción defensiva) y es necesario el medio empleado para impedir o repeler la agresión».

¹³⁹ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁴⁰ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 237.

B) *Elemento inesencial*

La necesidad racional del medio empleado es un elemento inesencial de la legítima defensa, de manera que su no concurrencia en el caso concreto únicamente excluye la inaplicabilidad de la eximente completa de legítima defensa, pero no la de la eximente incompleta de legítima defensa¹⁴¹.

1.4. Falta de provocación suficiente por parte del defensor

A) *Falta de provocación suficiente por parte del defensor*

El último requisito de la legítima defensa que enumera el artículo 20. 4.º del CP en su apartado Tercero es la «falta de provocación suficiente por parte del defensor». Este requisito, como señala VIZUETA FERNÁNDEZ¹⁴², se encuentra redactado de un modo negativo, de manera que concurre cuando el defensor no ha provocado suficientemente la agresión ilegítima.

El CP no define provocación. La provocación puede consistir en una acción o en una omisión, incluyendo tanto las conductas que estuvieran dirigidas a desencadenar la respuesta agresora (provocación intencional o voluntaria), como aquellas que ni siquiera hubieran previsto la respuesta agresora como una consecuencia posible (provocación no intencional o involuntaria)¹⁴³.

Por otro lado, el CP tampoco determina cuándo la provocación debe considerarse suficiente. En opinión de CEREZO MIR¹⁴⁴ y de VIZUETA FERNÁNDEZ¹⁴⁵, la provocación suficiente es aquella provocación que es ilícita. No obstante, como señala el primer autor, no es necesario que sea culpable.

¹⁴¹ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁴² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss., a lo que añade: «Así, p. ej., quien, después de haber rayado con una moneda un coche aparcado en la calle, observa cómo al poco tiempo el dueño del coche se abalanza contra él con intención de agredirle, y en la defensa necesaria le causa a este unas lesiones, no estará amparado por la legítima defensa completa, pues su conducta (rayar el coche) ha provocado la agresión ilegítima de su dueño».

¹⁴³ En este sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 240, y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss. CEREZO MIR añade que en los casos en los que la provocación es voluntaria falta ya el requisito de la necesidad de la defensa.

¹⁴⁴ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 241. En su opinión, el fundamento de este requisito de la legítima defensa consiste en que no puede erigirse, en principio, en defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica.

¹⁴⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

Por otra parte, la provocación, para excluir este requisito, ha de ser suficiente. Aunque se pueda provocar una agresión ilegítima a través de una conducta no contraria al ordenamiento jurídico, sólo será suficiente la provocación que consista en una conducta ilícita (CEREZO MIR)¹⁴⁶. Además, como señalan CEREZO MIR¹⁴⁷ y VIZUETA FERNÁNDEZ¹⁴⁸, en los casos en los que la provocación constituya una agresión ilegítima actual o inminente, peligrosa e inevitable sin la defensa, frente a la que el provocado actúa con necesidad de la concreta defensa, se produce una inversión de papeles, pues el provocador sería el agresor y el provocado quien actuaría en legítima defensa (el defensor). Además, la provocación, para ser suficiente, ha de guardar proporción o equivalencia con la respuesta agresora¹⁴⁹, de manera que, si la respuesta agresora rebasa la gravedad de la provocación, el provocador puede erigirse de nuevo en defensor del ordenamiento jurídico e invocar la legítima defensa¹⁵⁰. No obstante, MUÑOZ CONDE¹⁵¹ estima que únicamente cuando la agresión ilegítima es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se puede excluir la legítima defensa, no debiendo apreciarse tampoco legítima defensa cuando la agresión ilegítima es provocada intencionalmente para posteriormente invocar la legítima defensa (*actio illicita in causa*), porque «más que de un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor».

Por último, la provocación suficiente excluye la aplicación de la legítima defensa completa cuando procede del defensor. No obstante, si la provocación suficiente procede del defendido y no del defensor (el que realiza la conducta defensiva), en la

¹⁴⁶ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss., a lo que añade: «Así pues, no habrá provocación suficiente en quien pasea de noche por un parque público donde se encuentra un grupo de matones que le han prohibido acercarse a ese lugar. Si uno de los matones al verlo pasear por el parque se abalanza contra él con intención de lesionarlo, actuará el paseante de forma justificada si repele la agresión ilegítima con un medio lesivo racionalmente necesario, pues la conducta que ha provocado la reacción agresiva del matón (pasear por el parque en contra de las advertencias del grupo) no es contraria al ordenamiento jurídico».

¹⁴⁷ CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 242.

¹⁴⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁴⁹ En este sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 242; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁵⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, p. 351.

legítima defensa de la persona o derechos ajenos, éste podrá estar amparado por la legítima defensa, pues no ha sido él quien ha provocado suficientemente la agresión ilegítima, sino que ha sido el defendido¹⁵².

Por su parte, respecto a este requisito de la legítima defensa, la STS de 27 de mayo de 2015 (LA LEY 79693/2015) expone lo siguiente: «Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es decir, que no hayan existido palabras, acciones o ademanes, tendentes a excitar, incitar o provocar a la otra persona». Además, respecto a un caso concreto, la STS de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 192225/2012) expone lo siguiente: «La sentencia de instancia niega el requisito de la falta de provocación suficiente por parte de quien ejercita la defensa. En este punto no se puede coincidir con el criterio, bien fundado, por otra parte, como toda la sentencia, pero no compatible como se dirá, que se vierte en el apartado B) de su fundamento de derecho tercero. Es verdad que Agapito había agredido a su esposa, a la vez hija de Moisés. También que esa acción está en el origen de los golpes y ataque que sufrió. Pero no puede considerarse "suficiente" esa "provocación". El transcurso de un relevante lapso de tiempo entre el episodio violento con su mujer y la reacción de su suegro, no excluyendo la "provocación", sí desvanece la suficiencia exigida por el precepto, que añade algo. Para imposibilitar la legítima defensa completa no basta con que el autor haya provocado la agresión repelida, sino que esa provocación haya sido "suficiente", catalogación muy valorativa, pero que aquí puede ser descartada en virtud de esas razones».

B) *Elemento inesencial*

La falta de provocación suficiente por parte del defensor es un requisito inesencial de la legítima defensa. Por tanto, su no concurrencia en el caso concreto determina la inaplicabilidad de la eximente completa de legítima defensa, pero no la de la eximente incompleta.

¹⁵² En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

En primer lugar, como señala VIZUETA FERNÁNDEZ,¹⁵³ el defensor ha de actuar con conocimiento y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de la legítima defensa. En segundo lugar, el defensor ha de actuar con ánimo o voluntad de defender la persona o derechos propios o ajenos¹⁵⁴ (o voluntad de defensa), es decir, con la finalidad de evitar la lesión del bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima¹⁵⁵.

Los elementos subjetivos de la legítima defensa son elementos esenciales de dicha causa de justificación, por lo que su no concurrencia en el caso concreto determina la no aplicabilidad de la legítima defensa, tanto completa como incompleta¹⁵⁶.

¹⁵³ Como expone VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 232.

¹⁵⁴ Como expone CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», *cit.*, p. 239.

¹⁵⁵ En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 232.

¹⁵⁶ En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, p. 232.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se llega a través del presente Trabajo de Fin de Grado son las siguientes:

- La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo defiende un doble fundamento de la legítima defensa.
- La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo define agresión ilegítima como «toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles», sin exigir un acto físico o de fuerza, o con un acometimiento, siendo suficiente «una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato».
- En los supuestos denominados de “riña libre y mutuamente aceptada”, el Tribunal Supremo sigue sin apreciar, en principio, el requisito de la agresión ilegítima de la legítima defensa. No obstante, ha declarado que los jueces que conocen del caso deben averiguar el origen de la riña y, si es posible, quién o quienes la iniciaron, con la finalidad de distinguir a los reales participantes en la riña de quien fue agredido y únicamente se limitó a repeler dicha agresión (es decir, de quien realmente actuó en legítima defensa, concurriendo el requisito de la agresión ilegítima). Además, se aprecia la eximente de legítima defensa en aquellos casos en que la acción de un participante sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita que concurre en los supuestos de riña libre y mutuamente aceptada, apareciendo modos o medios de forma sorpresiva teniendo en cuenta tal aceptación, y produciéndose, por tanto, un cambio cualitativo en la situación de los contendientes.
- La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sigue exigiendo proporcionalidad con base en el requisito de necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión.
- Respecto al requisito de falta de provocación suficiente por parte del defensor, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo [STS de 27 de mayo de 2015 (LA LEY 79693/2015)] lo aprecia cuando «no hayan existido palabras, acciones o ademanes, tendentes a excitar, incitar o provocar a la otra persona», exigiendo que no sea «suficiente» [STS de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 192225/2012)].

– Por último, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo consultada exige la concurrencia del elemento subjetivo de la eximente de legítima defensa.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (LAUREL CUADRADO, M.^a DEL C.; VILLEGAS GARCÍA, M.^a Á.; MORENO SANTAMARÍA, A.; ENCINAR DEL POZO, M. Á.; Y SAAVEDRA RUIZ, J.), «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Eximentes [Crónicas TS (Sala 2^a) año 2012-2013]>>», en *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tribunal Supremo, Madrid, 2013.
- BORRAZ GARCÍA, G., “La agresión ilegítima a los bienes patrimoniales. Análisis del apartado primero del artículo 20. 4.º del Código Penal”, en *Diario la Ley*, nº 8825, 16 de septiembre de 2016.
- CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal español. Parte General*, CEREZO, volumen II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 207 a 245.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Las causas de justificación*, Hammurabi, Argentina, 1995.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Legítima defensa y estado de necesidad», en *Derecho penal español. Parte general*, RIPOLLÉS, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 285 a 295.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- KINDHÄUSER, U., «Acerca de la génesis de la fórmula “El Derecho no necesita ceder ante el injusto”», en *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, MAÑALICH (coord.), B de f, Montevideo, 2013, pp. 65 a 98.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición, B de f, Montevideo, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 345 a 353.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PAWLIK, M., «La legítima defensa según Kant y Hegel», en *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, MAÑALICH (coord.), B de f, Montevideo, 2013, pp. 3 a 64.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La legítima defensa>>, en *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Suárez-Mira (coord.), 6ª edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1 a 5 (versión electrónica).

- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho Penal. Parte General: introducción, teoría jurídica del delito*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), 2ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 223 a 240.