

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2020/2021
Convocatoria: Septiembre

**LA LEGÍTIMA DEFENSA, ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DEL
EXCESO INTENSIVO**

**THE LEGITIMATE DEFENSE, SPECIAL REFERENCE TO THE PROBLEM OF
INTENSIVE EXCESS**

Realizado por el alumno/a D^a María Esther Toscano Clares.

Tutorizado por el Profesor/a D^a Judit García Sanz.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

El objetivo del trabajo es analizar la figura de la legítima defensa como causa de justificación penal, establecida para la defensa ante una agresión ilegítima de derechos propios o ajenos, cuando éstos, resulten conculcados por un tercero.

Abordamos el estudio, atendiendo a su fundamento, sus límites y sus tres requisitos, la agresión ilegítima actual, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte del defensor.

La figura de la legítima defensa no ha estado exenta de controversia por parte de la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo. Por ello vamos a indagar en uno de esos aspectos problemáticos que envuelven la aplicación de la causa de justificación, concretamente, en la racionalidad del medio empleado para su defensa, segundo requisito exigido para su aplicación, ya que, su incumplimiento dará lugar a la figura denominada exceso intensivo o propio, lo que implica inadecuación o desproporción de los medios empleados para la defensa. El Código Penal no establece un criterio legislativo concreto que determine la racionalidad de la acción defensiva empleada, lo que genera una cierta inseguridad, pendiente por tanto del examen valorativo de todas las circunstancias acontecidas en el caso concreto por parte de los Tribunales.

Palabras clave: **legítima defensa, agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado, exceso intensivo.**

ABSTRACT

The main aim of this Final Degree Project is to analyse the figure of the legitimate defence as cause of criminal justification, configured to protect in view of an illegitimate assault of human rights when those are violated by a third party.

We are approaching the study, by taking into account its basis, limits and its three main requirements: the current illegitimate aggression, the rational need of the used context and the lack of enough provocation by the defence.

The figure of legitimate defence has not been without controversy by doctrine and jurisprudence over time. According to this, this document will indagate in one of those problematic topics related to the application of the cause of justification, specifically in the rationality of used mains to its defence. This is a second requirement mandatory to its application, since its breach will lead to an intensive or own request, which implicates inadequate or disproportion of the ways that were followed to its defence.

The Penal Code does not establish a specific legislative criterion that determines the rationale for the defensive action used, which generates some insecurity, pending, therefore, of the evaluative examination of all the circumstances that occurred in the specific case by the Courts.

Key Words: **legitimate defense, illegitimate aggression, rationality of the means employed, intensive excess.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA	2
1.1 Concepto y regulación legal	6
1.2 Naturaleza jurídica y fundamento	7
1.3 Bienes jurídicos defendibles	10
2 REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y ESPECIAL REFERENCIA AL EXCESO INTENSIVO	10
2.1 Elementos objetivos	12
2.1.1 Agresión ilegítima	12
2.1.2 Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión	18
2.1.2.1 La defensa irracional: El exceso intensivo de la legítima defensa	24
2.1.3 Falta de provocación suficiente por parte del defensor	32
2.2 Elementos subjetivos	36
3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS	37
4 CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	
ÍNDICE DE SENTENCIAS	

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, no sólo regula la responsabilidad penal de los individuos, sino que además se garantiza la exención de dicha responsabilidad penal por actos que se hayan cometido contrarios a la ley.

En el presente trabajo voy a profundizar en la figura jurídica denominada por el legislador, la legítima defensa. Configurada, como una causa de justificación que exonera una conducta antijurídica, pero con la concurrencia de unos requisitos legales, pueden convertirse ese acto conforme a Derecho.

Como expresa IGLESIAS RÍO ¹, “Es la legítima defensa una institución atemporal y universal, que encuentra acomodo en todas las culturas, viéndose condicionada por el conjunto de circunstancias coyunturales (ideológicas, políticas, etc.) que configuran un determinado momento histórico”. Es, por tanto, con gran probabilidad, la eximente más universal y constante a lo largo de la historia, sufriendo una importante evolución tanto en su fundamento como en su contenido².

En el art. 20. 4ª del CP. se recoge sus requisitos, “están exentos de responsabilidad aquellos que obren en legítima defensa de sus derechos propios o de derechos ajenos siempre que se den los requisitos siguientes: la agresión ilegítima actual, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler una agresión ilegítima y la falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

Desde la perspectiva doctrinal del doble fundamento de la causa de justificación se interpretan los requisitos que la conforman, los esenciales, esto es, la agresión ilegítima actual y de los requisitos inesenciales, en particular el más controvertido, la necesidad racional de la defensa y la falta de provocación suficiente³.

De entre estos requisitos, nos vamos a centrar como objeto concreto, en la necesidad racional del medio empleado, de manera que su incumplimiento nos sitúa en la figura del exceso intensivo o propio. Objeto de debate de interpretación jurisprudencial, y doctrinal en cuanto a su alcance, su naturaleza y también en cuanto a la forma de realizar su apreciación en el caso concreto.

¹IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999. pág. 3.

²*Idem.* págs. 520 ss.

³Este planteamiento aparece en numerosas Sentencias del TS a las que suele hacer remisión el Tribunal como SsTS 1262/2006 de 28 diciembre; 527/2007 de 5 junio; 1180/2009 de 18 noviembre, entre otras.

La adecuación racional de los medios ha sido tradicionalmente interpretada por la jurisprudencia como una referencia a la proporcionalidad entre ataque y reacción, llegando a requerir, ocasionalmente, una igualdad de armas para apreciar la proporcionalidad de la defensa. Otras veces, renunciando a exigir la igualdad entre los medios empleados, residenciaba la proporcionalidad en la confrontación de los bienes.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente rechaza la idea de la proporcionalidad como criterio rector de la legítima defensa. La palabra proporcionalidad no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la Ley expresamente requiere para la defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos. Aunque es la tendencia actual, no significa que no se utilice frecuentemente la referencia a la proporcionalidad en muchas resoluciones del Tribunal Supremo⁴.

1 ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Todo Estado de Derecho cuenta con un ordenamiento jurídico que le proporciona cobertura en lo referente a la protección y defensa de sus derechos individuales o personales. Pero ello, no impide que, en determinadas situaciones se vea aquél desprovisto de los instrumentos para dicha finalidad y, por tanto, sea el sujeto particular, el que se defiende cuando siente que se vulneran o agreden sus derechos⁵.

Es el propio Derecho quien regula este comportamiento ya que, de no hacerlo, sería consentir que, bajo la defensa de un derecho, pueda acarrear la posibilidad de que cada persona, se infiera juez de sus intereses, por lo que se hace necesario limitar a casos verdaderamente excepcionales, en los que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos, en la medida en que puedan operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho de defensa cede.

Hay autores que argumentan la idea de una defensa lícita por parte del individuo ante la inviabilidad de auxilio por parte del Estado, esto es que el orden público no pueda

⁴JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007, págs. 50-51.

⁵SOTO NIETO, F: "La legítima defensa completa e incompleta," *Diario de la Ley*, N.º 623, Sección Columna, Editorial LA LEY, Ref. D-88, 2005, pág. 1.

impedir el injusto ataque. En este supuesto, el sujeto podrá defenderse a sí mismo, sustituyendo al Estado, y bajo la figura de la “subsidiaridad” de la legítima defensa.

Otros autores, niegan la concepción de defensa como derecho natural bajo el argumento que la misma emana directamente del Estado, quien otorga las facultades necesarias para ejercerla en su nombre cuando éste no pueda por sí mismo hacerlo.⁶

Para LUZÓN PEÑA⁷ la consideración de la falta de protección estatal como presupuesto es inadmisibile. Afirma que para que un sujeto pueda defenderse es necesario que antes se haya establecido una necesidad de defensa. Esta necesidad aparece cuando se manifiesta la agresión ilegítima amenazando un bien jurídico del sujeto y mientras perdure ese peligro, la necesidad de defensa no va a desaparecer. Por tanto, la defensa puede ser realizada o bien por el propio sujeto agredido, o bien por tercera persona, o bien mediante los órganos del Estado.

En definitiva, lo que debe cesar es la necesidad de defensa. En palabras de RODRÍGUEZ MOURULLO⁸, no es requisito esencial de la legítima defensa la imposibilidad de intervención del Estado.

Por lo que, la causa de justificación consistente en la legítima defensa descansa fundamentalmente en la idea de que el Derecho no puede ceder ante lo injusto⁹ y de que el ciudadano no dispone de la defensa material que el Estado debería dispensar ante el ataque a sus derechos¹⁰.

El aforismo hegeliano “El *Derecho no necesita* (no tiene por qué) *ceder al injusto*”, fue acuñado por primera vez por BERNERS¹¹ quien sienta que “el injusto es la nada y el Derecho lo sustancial”. Esta fórmula pone de manifiesto la confrontación entre Derecho e injusto, donde el término injusto se utiliza para referirse a la agresión antijurídica y el

⁶Aporta el autor dos argumentaciones, “*la de que la legítima defensa no es un derecho natural sino concedido por el Estado y la de que sólo cabe legítima defensa cuando el orden público no pueda intervenir*”, LUZÓN PEÑA, D. M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. 2º actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002. pág. 20.

⁷*Idem*, pág. 21.

⁸RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Cívitas, Madrid, 1976, pág. 62.

⁹JESCHECK/WEIGEND citado por PALERMO, O.: *La legítima defensa: una visión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pág.138.

¹⁰QUINTANAR DÍEZ, Y ORTIZ NAVARRO, J. M.: “*Elementos de Derecho Penal Parte General*, ed. 2º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. pág.72.

¹¹BERNERS, ArCR,1848, citado por LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. 2º actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002. pág. 41.

concepto de Derecho puede tener una doble connotación, por un lado, como bien jurídico individual, y, por otro lado, como el mismo Derecho, el ordenamiento jurídico¹².

Sin embargo, esta concesión de derechos otorgados al injustamente agredido puede ser interpretada de forma excesiva¹³ por lo que resulta necesario limitarlos a casos o situaciones verdaderamente excepcionales.

No hay, pues, en palabras de MUÑOZ CONDE¹⁴, un principio de prevalencia del Derecho a toda costa frente a la injusta agresión y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios informadores de las causas de justificación, como el de proporcionalidad, ponderación de intereses, valoración de deberes, etc¹⁵.

Así pues, cuando un sujeto reacciona ante una agresión ilegítima, no sólo está defendiendo unos bienes individuales propios o ajenos, sino, también al mismo ordenamiento jurídico¹⁶.

Para el Tribunal Supremo, según expone en su sentencia STS 294/2007 de 30 de marzo¹⁷, el núcleo sustancial de la legítima defensa radica en que *“una persona, en un momento determinado, lejos de la posibilidad de ser amparada 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”*.

También en STS 3597/1981¹⁸ de 2 de octubre, *“La legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección y de afirmación del Derecho y recogida como tal en el principio del interés preponderante [...]”*.

¹²IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa...*, *op. cit.*

¹³Es el denominado exceso de la legítima defensa, que veremos en los siguientes apartados. En ese sentido se pronuncia la jurisprudencia en sus sentencias como la STS 614/2004 de 12 de mayo, FJ 2º, en relación con la necesidad de limitar la reacción de defensa, en este caso excesiva por irracionalidad del medio empleado.

¹⁴MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, ed. 10ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 306.

¹⁵Opinión dominante en ese sentido se pronuncia RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *op. cit.* pág. 60.

¹⁶JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo...op. cit.*, pág. 6.

¹⁷STS 294/2007 de 30 de marzo, FJ 1.

¹⁸STS 3597/1981 de 2 de octubre.

Mismo criterio en su sentencia STS 4553/1995¹⁹ de 9 de junio “... *el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la necesidad de proteger los bienes jurídicos injustamente atacados y la prevalencia del Derecho [...]*”.

En consecuencia, que el sujeto que resulta agredido obtenga del Ordenamiento jurídico la legitimación necesaria para actuar en defensa, no significa que pueda desarrollarla de cualquier manera y ante cualquier situación. Los requisitos legales enumerados en el art. 20. 4º, así como aquellos otros que doctrinal y jurisprudencialmente se extraen de dicha regulación, cumplen la importante función de establecer los límites dentro de los cuales debe realizarse la acción²⁰.

Las causas de justificación son eximentes de la responsabilidad penal con base en la ausencia de antijuricidad o culpabilidad. Y tratan de resolver conflictos que surgen entre los bien jurídicos, dando prioridad a algunos bienes jurídicos sobre otros, por lo que podemos decir que las causas de justificación habilitan el hecho de lesionar un bien jurídico para mantener la integridad de otro que según el Derecho es considerado como prioritario. Por lo que las causas de justificación no sólo amparan un hecho ilícito, sino que expuse anteriormente, convierte dicho hecho ilícito en lícito en virtud de la norma permisiva en la cual encuentra su fundamento²¹.

LUZÓN PEÑA²² define “que las causas de justificación son circunstancias eximentes que, por determinadas razones de ponderación de intereses, excluyen la antijuricidad o ilicitud de la conducta en principio típica, que afectando a un bien jurídico realiza en su parte objetiva el tipo positivo legal, indiciario de la antijuricidad. Por eso se las denomina también causas de exclusión de la antijuricidad o del injusto.

Expone el autor que, dentro de la teoría del delito, la conducta de quien lesiona bienes a otra persona sería en principio antijurídica, pero no lo es si concurren la situación de la legítima defensa. Si la acción de defensa es conforme a Derecho, no puede ser antijurídica, es decir, no constituye un injusto o, empleando otros términos, dicha acción está justificada. De los elementos constitutivos de delito desaparece el de la antijuricidad, esto es, si el obrar en legítima defensa excluye la responsabilidad, es porque excluye la antijuricidad de esa acción²³.

¹⁹STS 4553/1995 de 9 de junio.

²⁰JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo...* *op. cit.*, pág. 8.

²¹MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 91.

²²LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ed. 3º. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 354-357.

²³LUZÓN PEÑA, D. M.: *op. cit.*, págs. 91-92.

En cuanto al fundamento de las causas de justificación, para MUÑOZ CONDE²⁴, las teorías monistas pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de «empleo de medios adecuados para un fin lícito», otros en la de «más beneficio que perjuicio» y, finalmente, otros en la de «ponderación de bienes». Sin embargo, matiza el autor, que estas teorías han sido abandonadas por cuanto utilizan conceptos vagos e indeterminados, incapaces de explicar unitariamente la naturaleza de cada causa de justificación en concreto, ya que cada una responde a ideas diferentes o a la combinación de varias de ellas.

1.1 Concepto y regulación legal

Las definiciones clásicas procuran no despegarse del texto legal y de este modo se indicó que es “*la 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 impedir la o repelerla*”²⁵.

También se ha definido como la *defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta de bienes propios o de un tercero*”²⁶.

La eximente de la legítima defensa se encuentra regulada en el Título I, Capítulo II del Código Penal. Artículo 20. 4º, CP, el cual establece:

“que está exento de responsabilidad criminal el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1º. Agresión ilegítima.

2º. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

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

El mismo Tribunal Supremo confirma estos mismos requisitos para apreciar la legítima defensa en su jurisprudencia más reciente.

Así se pronuncia en su sentencia STS 164/2021, de 25 de febrero²⁷ “*Señala la jurisprudencia de esta Sala en su sentencia 434/2020, de 9 de septiembre, que los*

²⁴MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, pág. 296.

²⁵SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “La legítima defensa”, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Aranzadi, S.A.U., 2011. Disponible en <http://www.aranzadidigital.es> (fecha de última consulta 29 de junio de 2021).

²⁶RODRÍGUEZ MOURULLO, citado por MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal,” *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012, págs. 19-48.

²⁷ATS 164/2021, de 25 febrero. FJ 2.

requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa, son: la existencia de una agresión ilegítima previa a la actuación defensiva que se enjuicia; la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el ánimo de defensa que rige la conducta del agente y en la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor”²⁸.

Al mismo tiempo y para poder apreciar la concurrencia plena de la eximente hay que añadir a estos requisitos, el elemento subjetivo, esto es, que el sujeto conozca que se encuentra repeliendo una agresión ilegítima. Así la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que “son soportes esenciales de la eximente la *“necitas defensionis.”* De ello se deduce que el elemento básico para su concurrencia es la agresión ilegítima.²⁹ Veremos en el apartado del elemento subjetivo de la legítima defensa, los problemas que se suscitan en relación con las causas de justificación.

Así en su STS 360/2010³⁰, de 22 abril 2010 expone *“Como señala la STS de 3 de junio de 2.003, “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 segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo”.*

1.2 Naturaleza jurídica y fundamento

Su naturaleza justificante es hoy en día indiscutida en la doctrina³¹, si bien históricamente no han faltado intentos de explicarla como una causa de exclusión de la

²⁸ Este planteamiento aparece en numerosas Sentencias del TS y a las que remite este tribunal como; SsTS 7441 /2006, de 20 de noviembre; 205/2017, de 16 marzo.; 434/2020, de 9 septiembre, entre otras.

²⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E: “La Antijuricidad”, en AA.VV. (MORENO-TORRES HERRERA, M.R. DIR.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 157.

³⁰ STS 360/2010 de 22 abril 2010, FJ 5º.

³¹ MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, pág. 305; LUZÓN PEÑA, D M.: *Aspectos esenciales ...* págs.77 ss.

culpabilidad, con argumentos cercanos a la idea de inimputabilidad o a la de inexigibilidad³².

Para LUZÓN PEÑA³³, el artículo 20. 4ª del CP, no la denomina expresamente “legítima” defensa, aunque sobre su naturaleza hay acuerdo unánime en la doctrina y la jurisprudencia. La legítima defensa es una causa de justificación del resultado, que excluye el desvalor del resultado.

A tal respecto, expone MUÑOZ CONDE³⁴, que la naturaleza de la legítima defensa, “estuvo confundida con las causas de exculpación, durante mucho tiempo, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende al ser objeto de un ataque. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado”.

Para el autor, las causas de justificación se suelen clasificar según predomine en ellas el principio de la ausencia de interés o el principio del interés preponderante. En las primeras el hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por la conducta típica renuncia a la protección jurídica en el caso concreto, sería el caso del consentimiento. En las segundas el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor.

Sin embargo, expone, que no son estos principios los únicos informadores de las causas de justificación, ya que, junto a ellos, juegan también un papel importante otros como el de la «prevalencia del Derecho», el de «proporcionalidad», el de «necesidad», etc³⁵.

En consecuencia, la existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad. Así, toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto, antijurídica³⁶.

³²TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art. 20. Eximentes de la responsabilidad criminal” en AA. VV (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.): *Comentario al Código Penal Español. Tomo I y II*. 7º ed., 2016. pág. 5.

³³LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa...op. cit.* págs. 90-93.

³⁴MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, pág. 305.

³⁵*Ibidem*.

³⁶Véase entre otros ORTS BERENGUER, E Y GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 168.; LUZÓN PEÑA, D. M.: *op. cit.*, p. 336.; MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, págs. 293-294.

En cuanto al fundamento de la legítima defensa, la doctrina penalista contemporánea³⁷, coincide en señalar que dicha fundamentación se apoya en dos pilares, en el aspecto individual y supraindividual del concepto³⁸.

Opinión dominante en la actualidad, ya que durante bastante tiempo discrepan los autores sobre los fundamentos de la legítima defensa³⁹.

El aspecto individual, se centra en la protección de los bienes jurídicos del agredido, se basa en la idea que debe otorgarse a toda persona que no puede ser defendida por el Estado, un derecho de defensa individual, dentro de los límites de lo estrictamente necesario.

Junto a este aspecto individual, existe también uno supraindividual, representado por la necesidad de defensa del orden jurídico y del Derecho en general, conculcados por la agresión antijurídica, asentando tal fundamento en la idea de que el derecho no debe ceder ante lo ilícito⁴⁰, por lo que se faculta al ilegítimamente agredido, que no está obligado a huir y puede plantar cara al agresor.

Para LUZÓN PEÑA el fundamento, se encuentra en la necesidad de defensa de un bien jurídico personal, y en la necesidad de defensa, afirmación y prevalimiento del propio Derecho frente a lo injusto de una agresión antijurídica que lo ha puesto en contradicción⁴¹.

La tesis del doble fundamento es la que explica de manera más convincente la estructura, contenido y límites de la legítima defensa, pues el fundamento individual por sí solo no tiene en cuenta que el peligro para el bien jurídico personal procede de una agresión ilegítima y no explicaría la diferencia de la legítima con el estado de necesidad, mientras que la defensa de un único fundamento supraindividual no tiene en cuenta que en la legítima defensa sólo se tutelan los bienes jurídicos personales⁴².

³⁷La doctrina española se muestra partidaria de dicho fundamento doble de forma unánime. Ver entre otros LUZÓN PEÑA, D. M.: *Aspectos esenciales...* págs. 44 ss.; MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...*; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. pág. 60.

³⁸IGLESIAS RÍO, M.A.: *op. cit.* págs. 7 ss.

³⁹DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho Penal Español Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 305.

⁴⁰En el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D. M.: *Aspectos esenciales...* págs. 34-35; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*, ed. 10º, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015. pág. 445.

⁴¹LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal*. pág. 403. En ese sentido MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, págs. 321 y ss.; PALERMO, O.: *op. cit.*, pág. 144.

⁴²VIZUETA FERNÁNDEZ, J., “La legítima defensa y el estado de necesidad justificante”, en AA. VV. (ROMEO CASABONA, C., SOLA ROCHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M., (Coord.), *Derecho penal, Parte General*, 2º, Comares, Granada, 2016, pág. 224.

En ese sentido se pronuncia expresamente el Tribunal Supremo en la STS 4623/1979⁴³ de 10 de diciembre “*tal requisito no viene legalmente exigido para la legítima defensa, lo que no es más que una consecuencia lógica del doble fundamento de ésta: el individual, representado por la necesidad de defensa de los bienes legítimamente atacados y el supraindividual de prevalencia del Derecho, o la necesidad de que éste prevalezca frente al agresor injusto [...]*”.

1.3 Bienes jurídicos defendibles

La legítima defensa no sirve para defender todo tipo de bienes jurídicos, solamente son tutelados por la eximente la defensa de los bienes jurídicos personales cuyo portador es el individuo o una persona jurídica como puede ser la vida, la integridad y salud personal, libertad sexual, patrimonio etc. No obstante, la doctrina se plantea admitir la legítima defensa del Estado con relación a aquellos derechos que éste ostenta que tengan el mismo carácter de los de otras personas jurídicas como, por ejemplo, el patrimonio económico del Estado.

Se excluye, por tanto, la defensa de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, es decir, aquellos cuyo titular sea el Estado, como por ejemplo el orden público. Esta afirmación se extrae de la propia redacción del artículo 20. 4º el cual dice que “en defensa de la persona o de derechos propios o ajenos”⁴⁴.

De cualquier forma, pueden invocarse otras eximentes ante las agresiones ilegítimas a bienes jurídicos supraindividuales, como el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho o cargo⁴⁵.

2 REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y ESPECIAL REFERENCIA AL EXCESO INTENSIVO

Los requisitos de la legítima defensa, sobre el presupuesto de que la misma es una causa de justificación, esto es, un supuesto de prevalencia del Derecho sobre lo injusto son los siguientes:

⁴³STS 4623/1979 de 10 de diciembre.

⁴⁴MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*. págs. 452 y 453.

⁴⁵VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: “La legítima defensa... *op. cit.* pág. 225.

1. El mal causado no puede ser mayor que el defendido.
2. Necesidad y racionalidad de la defensa.
3. Ausencia de provocación suficiente.

Estos tres requisitos no son sino plasmación de la legítima defensa como causa de la exención de la responsabilidad criminal en todos aquellos supuestos en que el obrar en defensa lo sea respecto de bienes personales o reales propios o de terceros y sobre los presupuestos que se acaban de mencionar⁴⁶.

A pesar de que todos son requisitos de la legítima defensa, el Tribunal Supremo otorga una mayor importancia a algunos de ellos considerándolos requisitos sin los cuáles no se podría aplicar ni la eximente completa ni incompleta de la legítima defensa.

Así, en su sentencia el Tribunal Supremo, STS 251/2014, de 18 marzo⁴⁷ expone que, *“la eximente, en relación con su naturaleza de causa de justificación, se basa, como elementos imprescindibles de un lado la existencia de una agresión ilegítima y de otro en la necesidad de actuar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, a causa precisamente del carácter actual o inminente de esa agresión. Estos elementos resultan imprescindibles incluso para su apreciación como eximente incompleta”* [...] ⁴⁸.

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

El Tribunal Supremo, sin embargo, matiza en su sentencia STS 967/2001, de 23 de septiembre⁴⁹, que de todos los requisitos que se establecen para la legítima defensa, *“el único graduable, salvo supuestos muy excepcionales, y que puede llevar a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado. [...] Es, por tanto, en la necesidad racional del medio*

⁴⁶QUINTANAR DIEZ.: *op. cit.* pág.73.

⁴⁷STS 251/2014, de 18 marzo. FJ 1.

⁴⁸Este planteamiento aparece en numerosas Sentencias del TS y a las que remite este tribunal como SsTS 1131/2006, de 20 de noviembre; 1262/2006, de 28 diciembre; 527/2007, de 5 de junio; 1180/2009, de 18 de noviembre; 140/2010, de 23 de febrero, entre otras.

⁴⁹STS 967/2001, de 23 de septiembre.

empleado para defenderse donde puede establecerse la línea que separa la eximente completa de la incompleta”.

2.1 Elementos objetivos

Siguiendo el mismo criterio que en los apartados anteriores, vamos a estudiar cada uno de los elementos objetivos que integran la legítima defensa, todo ello, desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, con la finalidad de analizar cada uno de ellos de forma individualizada, en atención a los requisitos tasados en el CP, el cual, establece la posibilidad que un hecho ilícito quede amparado jurídicamente en base a la concurrencia de los presupuestos que integran la legítima defensa.

Los elementos objetivos son aquellas circunstancias objetivas que el legislador considera que debe darse para cada causa de justificación, será en un caso concreto cuando la acción se realiza en las circunstancias y la forma en que se prevé para una causa de justificación.

2.1.1 Agresión ilegítima

Estamos ante el primer requisito del artículo 20. 4º CP, la existencia de una agresión ilegítima frente a la que defenderse. Es el elemento central que permite distinguir la legítima defensa de otras causas de justificación de carácter defensivo o agresivo.

La existencia real y actual de una agresión antijurídica es requisito nuclear esencial de la legítima defensa. La ausencia de este requisito, tanto cuando nunca ha existido como cuando ya no es actual, da lugar al exceso intencional, que impide apreciar tanto legítima defensa completa como incompleta⁵⁰.

El concepto de agresión ha sufrido un proceso de progresiva ampliación, hasta el punto de que hoy se considera que abarca cualquier comportamiento que ponga en peligro de lesión un bien jurídico protegible en la legítima defensa. La tesis que mantuvo la jurisprudencia antaño, que limitaba la agresión a los acometimientos físicos sobre la persona, no se corresponde ya con la moderna teoría de la legítima defensa.⁵¹

La agresión ilegítima previa debe ser, ante todo, ilegítima, pero además actual, en el sentido de que se concrete en un peligro inminente para los bienes jurídicos en defensa

⁵⁰MUÑOZ CONDE, F Y GARCÍA ARÁN, M.: *op. cit.*, pág. 327.

⁵¹MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal...*op. cit.* pág. 23.

de los que se actúa. Debe revestir, además, el carácter de inminencia en el sentido de necesidad de la defensa ante el inmediato peligro que correría, de no ejercitarse dicha defensa de forma inmediata⁵².

El Tribunal Supremo en su sentencia STS 879/2005, de 4 julio⁵³, se establece que “*la agresión ha de ser un ataque, conducta o acción actual, inminente, real, directo, inmotivado e injusto. Con tales exigencias se excluye la posibilidad de una desconexión temporal entre el ataque y la defensa, pues esta debe seguir inmediatamente al primero, y también se excluye la posibilidad de admitir defensa frente a meras amenazas o simples insultos o actitudes meramente verbales y las decisiones que no determinen una inmediata convicción de peligro real*”.

Por consiguiente, tiene que haber una agresión ilegítima, o sea, ilícita, antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. Si la agresión está justificada no podría apreciarse la legítima defensa⁵⁴.

El fundamento individual de la agresión ilegítima es la necesidad de autoprotección, y su aspecto social o supraindividual se entiende, en tanto que, el ordenamiento no tiene por qué tolerar agresiones ilegítimas. La ratificación del orden jurídico y la defensa del derecho en el sentido de que éste no debe ceder ante los injustos.

Según, MUÑOZ CONDE⁵⁵ algún sector doctrinal suele interpretar el término «agresión» en el sentido de «acometimiento», ataque o acto de fuerza, sin embargo, la expresión también puede ser entendida como acción 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.

El Tribunal Supremo ha mantenido casi constantemente tal postura en una jurisprudencia muy abundante que define agresión con conceptos tales como “acto o hecho material”, “acto de fuerza o violencia”, o como “acometimiento”, que es la palabra más usada, bien a secas, bien calificándola como acometimiento material o violento, físico o personal (contra la vida o integridad corporal)⁵⁶.

⁵²QUINTANAR DIEZ.: *op. cit.* pág.73.

⁵³STS 879/2005, de 4 julio.

⁵⁴VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 226.

⁵⁵En el mismo sentido se pronuncian entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M, *Aspectos esenciales...* pág. 115.; MUÑOZ CONDE, F, *op. cit.*, págs. 306-307.

⁵⁶LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales...* págs. 115-116.

Entre otras y tal como expresa en su sentencia STS 434/2020 de 9 de septiembre, “*la agresión es la existencia de acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo.*”⁵⁷

Mismo criterio en cuanto a su definición, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia STS 544/2007, de 21 de junio⁵⁸ “[...] *por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo.*”

En cuanto a los presupuestos indispensable de la eximente, estos han de ser objetivos y reales, han de provenir de un acto humano, ser ilegítima, es decir, un acto injustificado, debe ser actual e inminente, de no ser así, estaríamos por tanto en un exceso extensivo, dejando de ser defensa para convertirse en venganza⁵⁹.

Se exige que sea un comportamiento humano penalmente relevante. Por tanto, frente a los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto o el comportamiento de un sonámbulo, entre otros, que pongan en peligro bienes jurídicos personales, no cabrá invocar la legítima defensa. Tampoco constituye agresión en sentido jurídico- penal el ataque de un animal, salvo que sea azuzado por una persona⁶⁰.

La agresión debe ser ilegítima, pero no es necesario que sea culpable, es posible defenderse legítimamente frente a la agresión ilegítima de un inimputable, enajenación mental, ebrio o de una persona que actúa bajo una causa de inculpabilidad, estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, error de prohibición invencible.⁶¹

Se requiere, además, que sea directa, inmotivada e imprevista, lo que, en principio, podría excluir las actividades simplemente amenazadoras cuando no van acompañadas de la racional convicción de un peligro inmediato. En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia en sus reiteradas sentencias⁶².

La ilegitimidad de la agresión es el elemento diferencial de la legítima defensa,⁶³ respecto del estado de necesidad defensivo, y su delimitación es objeto de polémica. La

⁵⁷Entre otras STS 434/2020 de 9 septiembre, F. J. 1º, donde nos remite a las SsTS 900/2004 de 12 de julio y 205/2017 de 16 de marzo.

⁵⁸STS 544/2007, de 21 de junio. FJ. 1º.

⁵⁹OTERO GONZÁLEZ, P.: “La legítima defensa”, en AA. VV (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 3º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 119.

⁶⁰VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 225.

⁶¹*Idem.* pág. 226.

⁶²Entre otras SsTS 125/2005 de 26 octubre, 470/2005/ de 14 de abril, 332/2000 de 24 de febrero.

⁶³IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamentos y requisitos estructurales... op. cit.* págs. 46 ss.

doctrina defiende distintas posiciones, una más *extensiva*, que interpreta el término de forma puramente objetiva, ligada al desvalor de resultado, y que abarca cualquier agresión venga de donde venga, que no se tenga el deber jurídico de soportar. La posición *intermedia*, identifica agresión ilegítima con agresión antijurídica, en el sentido que se da este término en la teoría general del delito, aunque abarcando también conductas antijurídicas no penalmente típicas, es ésta la teoría mayoritariamente aceptada por la doctrina. Y, por último, la posición más *restrictiva* que requiere que la agresión se realice también de manera culpable⁶⁴.

El propio Código incluye también la agresión contra los bienes, lo cual permite incluir dentro del ámbito de la eximente no solo los supuestos de delitos violentos o contra las personas sino también los de contenido patrimonial, en este contexto no deben plantearse problemas para considerar como agresión los comportamientos atentatorios contra bienes jurídicos individuales, como el honor o las diversas manifestaciones de la libertad⁶⁵.

Si no se cumple con todos y cada uno de sus requisitos, no cabe la aplicación de la eximente completa ni la eximente incompleta. La agresión ilegítima crea lo que se denomina “situación de legítima defensa”⁶⁶.

Existe una división en la doctrina entre los que entienden que sí cabe legítima defensa en una agresión imprudente y los que no. Habría que examinar, por tanto, si para que haya agresión basta una acción que ponga en peligro bienes jurídicos individuales o si, por el contrario, el concepto de agresión requiere una voluntad de agredir (*dolo*)⁶⁷.

La doctrina que apoya la primera idea argumenta, que, la Ley sólo exige que la agresión sea antijurídica, por lo tanto, no es preciso que se actúe con conciencia de peligro y voluntad de lesionar, porque el concepto de antijuricidad es objetivo y habrá que estimar por tanto agresión antijurídica cuando además concorra imprudencia.

La posición contraria argumenta, que, el propio concepto de agresión requiere una conducta tendente a lesionar bienes jurídicos ajenos, es decir, una conducta dolosa. Estiman que la gran amplitud concebida a la defensa solo puede ser explicada bajo el

⁶⁴MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal...*op. cit.* pág. 25.

⁶⁵TAMARIT SUMALLA, J. M.: *op. cit.* pág. 5.

⁶⁶LUZÓN PEÑA, D.M.: *op. cit.*, p. 404.

⁶⁷TAMARIT SUMALLA, J.M.: *op. cit.* pág. 5.

prisma de que en la legítima defensa sólo la agresión dolosa puede tener el valor de antijurídica⁶⁸.

Podemos concluir, que no es posible la concurrencia de la causa de justificación de la legítima defensa frente a un comportamiento imprudente, sólo cabe legítima defensa frente a agresiones antijurídicas.

En cuanto a las omisiones también ha debate doctrinal, la opinión dominante en la doctrina es que las omisiones sí constituyen agresiones, pero también existe un sector cualificado de la doctrina que considera que las omisiones no son agresiones en el sentido de la legítima defensa, incluso existen posiciones intermedias que niegan tanto que la omisión nunca pueda ser agresión como el que siempre lo pueda ser⁶⁹.

En esta posición intermedia, se pronuncia LUZÓN PEÑA⁷⁰ “*En casos marginales la conducta puede ser una omisión con tal de que la misma ponga en peligro bienes jurídicos, es decir, cuando constituya omisión impropia o comisión por omisión (de la que socio-normativamente se puede afirmar que crea o aumenta el peligro para bienes jurídicos) en fase de tentativa; pero desde luego no una omisión pura, como por ejemplo una omisión de socorro, que no crea ni aumenta el peligro para los bienes jurídicos*”.

La opinión dominante argumenta su tesis diciendo que la inclusión de la omisión en el concepto de agresión es totalmente coherente con el doble fundamento de la legítima defensa. Por lo que concluimos que tanto acción como omisión han de estar dirigidas a la efectiva realización de la conducta típica, el ataque al bien jurídico en cuestión ha de ser doloso, intencional⁷¹.

También hay debate doctrinal en la aplicación de la legítima defensa frente a la infracción de todo deber de garante⁷² para un importante sector, quizás mayoritario, cabría reaccionar en legítima defensa únicamente frente al garante que deja de cumplir su obligación –penalmente respaldada– de evitar un concreto resultado lesivo. En favor de esta conclusión se suele afirmar que sólo la omisión del garante constituye agresión porque sólo entonces cabría atribuirle el menoscabo del bien jurídico que no evita como

⁶⁸Esta distinción en la doctrina la señala LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales...* págs. 173 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* págs. 225-226.

⁶⁹LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa...* *op. cit.* págs.153 y ss.

⁷⁰LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho penal...* *op. cit.* pág. 384.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷²COCA VILLA, I.: “La legítima defensa frente a omisiones,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 69, 2016, págs. 92-93.

si activamente lo hubiera provocado. Solo los garantes, aunque toda clase de garantes, podrían agredir a través de su omisión en el sentido de la legítima defensa⁷³.

Una tesis más restrictiva, como PALERMO⁷⁴ asume que la infracción de ciertos deberes positivos, no todos, sería equivalente a la infracción de un deber negativo. Para el autor solo cabría ejercer legítima defensa frente al sujeto que infringe un deber de aseguramiento de una fuente de peligro, un deber de salvamento tras asunción o un deber de salvamento tras un actuar precedente (injerencia). En cambio, frente al padre que no salva a su hijo de morir ahogado, pese a ser este garante y la infracción de un deber positivo normativamente equiparable a la infracción de un deber negativo, no cabría ejercer legítima defensa, sino, a lo sumo, un estado de necesidad agresivo.

La definición de agresión ilegítima a los bienes y a la morada se introduce en el CP 1944, inspirándose en el de 1928, pero en la reforma del CP operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, se suprime en la agresión a la morada la excesiva exigencia de que la entrada en la misma había de ser de noche o en morada que radicara en lugar solitario. Dicha reforma de 1983 unificó en el 8, 4.º la defensa propia y la ajena, criterio acertado según LUZÓN PEÑA⁷⁵.

Anteriormente de 1983, el CP recogía tres variantes de legítima defensa, la propia, la de parientes y la de extraños, con requisitos no exactamente coincidentes. La reforma unificó estas tres variantes y les otorgó idénticos requisitos, manteniéndose esta regulación en el CP de 1995⁷⁶.

En relación con la morada o sus dependencias, solo se reputa agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas, excluyéndose de la definición, por tanto, la permanencia en la morada ajena en contra de la voluntad del morador. Frente a la mera permanencia indebida en morada ajena, no cabe actuar en legítima defensa, pero podrá ser invocado el estado de necesidad⁷⁷.

La agresión también debe ser real. Puede suceder que el ataque al derecho no se presente de verdad y el sujeto actúe en la creencia de que existe, con lo cual se podrá hablar de una agresión aparente, si el agente actúa con la convicción de que es agredido sin serlo, se tratará de una defensa putativa que en ninguna circunstancia es constitutiva

⁷³Palermo, O.: *La legítima defensa...* op. cit. págs. 218 y ss.

⁷⁴*Idem.* págs. 236 y ss.

⁷⁵LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho penal...* op. cit. pág. 402.

⁷⁶VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: op. cit. págs. 223-224.

⁷⁷*Idem*, pág. 227.

de justa causa, aunque puede excluir la culpabilidad del autor al configurarse un error de prohibición indirecto. Por ello suele denominarse, también defensa subjetiva por oposición a la defensa objetiva, o legítima defensa, o defensa necesaria.

Estas notas de realidad, actualidad e inminencia se predicen como características de una agresión y llegan a excluirla cuando aún no se ha manifestado o ya ha cesado. Sobre ello prevalece un acuerdo por parte de la doctrina y la jurisprudencia pese a que no faltan pronunciamientos en los que se acude a esta eximente no obstante haber cesado la agresión, casos de legítima defensa putativa.⁷⁸ La inminente acoge los actos preparatorios inmediatamente anteriores a la fase de tentativa, por lo que habrá ya necesidad de la defensa. Por el contrario, frente a un acto preparatorio que todavía no esté próximo a la tentativa, no cabrá la legítima defensa. En consecuencia, la agresión legítima debería ser inminente o actual⁷⁹.

No cabe legítima defensa contra hechos justificados, ya lo sean a su vez por legítima defensa, o por otras circunstancias como estado de necesidad, ejercicio de un deber o cumplimiento de un derecho o consentimiento. La exigencia legal de que la agresión sea ilegítima aboca a esta conclusión⁸⁰.

2.1.2 Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Este requisito es inesencial, sin el cual no podrá apreciarse la eximente completa, pero sí la eximente incompleta de esta causa de justificación. Por lo que, se atenúa la pena⁸¹.

La falta de este requisito da lugar a plantear el denominado exceso intensivo en la legítima defensa, que pasaremos en el siguiente capítulo a su análisis.

Podemos dividir este elemento en dos ramas, por un lado, está la necesidad en sí de defenderse y por otro el medio concreto que se usa para ejercer esa defensa o la forma en que este medio es utilizado.

El artículo 20. 4º segundo CP se refiere, a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En el sentido de que no pueda salvarse el bien jurídico protegido y amenazado por la agresión. Esto es, que la defensa no sea innecesaria, lo que

⁷⁸TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.* pág. 5.

⁷⁹VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 227.

⁸⁰MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal...*op. cit.* pág. 27.

⁸¹Entre otros, IGLESIAS RÍO.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa...*, *op. cit.* pág.183; LUZÓN PEÑA, M.A.: Aspectos esenciales de la legítima defensa... *op. cit.* pág. 555.

debe valorarse desde las circunstancias del caso concreto y desde una perspectiva objetiva. La necesidad no existe cuando el sujeto tiene una ulterior alternativa, pudiendo evitar la agresión por medio de cualquier otra posibilidad material de actuación, sin que sea exigible la fuga, pues se trata de la prevalencia del Derecho sobre lo injusto, a parte de la dignidad personal u otros derechos concernidos⁸².

A través de este requisito se valora la necesidad de la defensa en concreto, si es o no la estrictamente necesaria para evitar la agresión ilegítima. Se trata pues en la idea de la utilización de un medio defensivo que pueda ser lo menos lesivo para el agresor siempre y cuando se trate de un medio seguro, suficiente e idóneo frente a la agresión ilegítima. En cuanto al medio defensivo se debe entender “no el concreto instrumento utilizado, que incluye la acción, su peligrosidad y el resultado”⁸³.

Siendo la necesidad de defenderse la base de la legítima defensa, podemos decir que sin ella nos encontraríamos en los llamados excesos, por lo que se perdería toda la naturaleza de la figura de la legítima defensa. Aquí se plantea la posibilidad del error en la necesidad de defensa, es decir, aquella situación en la que el sujeto cree que hay una agresión ilegítima y por lo tanto una necesidad de defensa, pero en realidad no es así, sino solo fruto de su visión subjetiva de la situación en concreto. Estamos hablando de la “legítima defensa putativa”. Pero hay una excepción a la regla de legítima defensa putativa, debido que el sujeto está convencido de que existe agresión, y por ello necesita una *necitas defensiones*. En estos casos la jurisprudencia resuelve por la vía del error vencible o invencible, teniendo en cuenta que tiene que ser probado por quien lo alega.

Expone MUÑOZ CONDE⁸⁴ que la jurisprudencia española trata las causas de justificación putativa del mismo modo que trata los reales caso de justificación, siempre que el error sobre los elementos objetivos de la justificante sea racional y bien fundado. Este es en particular el caso en el contexto de la legítima defensa putativa. Si el error es evitable o irrazonable, no obstante, los jueces usualmente declaran la responsabilidad del autor por un delito culposo. En consecuencia, no ve inconveniente en admitir la defensa putativa como causa de justificación plena. A su juicio esta forma de objetivación de la

⁸²QUINTANAR DIEZ.: *op. cit.* pág. 74.

⁸³LUZÓN PEÑA, D.M.; Aspectos esenciales de la legítima defensa...*op. cit.* pág. 555. Para IGLESIAS RÍO, M.A.: “La necesidad de la defensa se delimita fundamentalmente a través del análisis del principio de menor lesividad, esto es, el empleo de aquel medio alternativo de entre los igualmente idóneos a disposición, que rechace el perjuicio del ataque con el menor coste posible para el agresor,” IGLESIAS RÍO.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa...*, *op. cit.* pág. 191.

⁸⁴MUÑOZ CONDE, F.: “Un caso límite entre justificación y exculpación, la legítima defensa putativa,” *Revista Penal*, n.º 24, 2009, pág.129.

percepción subjetiva es, pues, perfectamente lícita y permanece dentro del ámbito de la objetividad que exigen los presupuestos fácticos de las causas de justificación. Pero una vez pasado este estadio de lo objetivable, no podemos quedarnos en el plano de las causas de justificación. La creencia subjetiva del agente en que va a ser atacado, cuando no puede tener la consideración de racional y fundada, no puede excluir ya, por muy explicable que sea, el juicio objetivo de valoración que constituye la antijuricidad⁸⁵.

Pasamos a exponer una sentencia de legítima defensa putativa por parte del Tribunal Supremo en sus STS 5 de octubre de 1999, ya que es una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en materia de error. Concretamente, nos sitúa frente a la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En dicha sentencia se narran los hechos probados “*Se recibe una llamada telefónica en el cuartel de la Guardia Civil, en que se anuncia la inminente llegada de un vehículo en el que viajaban tres personas que transportaban cierta cantidad de droga que deben entregar en la Oliva. Ante la noticia se monta un dispositivo [...] divisan el vehículo sospechoso y lo hacen estacionar, no pudiendo ver con nitidez lo que ocurre dentro del vehículo empuña el Guardia Civil su arma reglamentaria, viendo al conductor su mano izquierda no así su derecha, interpretando que iba a ser objeto de agresión por parte del conductor, disparó contra el mismo. Causándole la muerte al instante [...]*”.

La Audiencia Provincial de Valencia absolvió a Ángel del delito de asesinato del que era acusado y le condenó como autor de un delito de homicidio concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con sus accesorias, y al pago de las costas del proceso; y a abonar a la viuda e hijos del fallecido Manuel, en concepto de responsabilidad civil, [...].

Se aprecia un error sobre la existencia de una agresión ilegítima, por tanto, sobre un elemento esencial de la legítima defensa. Atendiendo a los hechos probados, partimos de que el procesado se representó subjetivamente que era víctima de una agresión real y actual. Como no se ha podido probar que efectivamente el conductor se disponía a atacar, por mucho que «en el espacio intermedio entre los dos asientos» o «en el suelo del vehículo en el lado del conductor se hallará una navaja» no hay razón para apreciar una situación de legítima defensa preventiva⁸⁶.

⁸⁵*Idem*, págs. 130-133.

⁸⁶BOLEA BARDÓN, C.: “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa... *op. cit.* págs. 614-620.

Teniendo en cuenta lo anterior expuesto podemos afirmar que se trataba de una legítima defensa putativa basada en un error invencible, por ello se le aplica la eximente incompleta, ya que no podemos apreciar eximente completa debido a que no existió en ningún momento una agresión ilegítima idónea tendente a causar el menoscabo de un bien jurídico.

Para IGLESIAS RÍO⁸⁷ este requisito tiene un “carácter dinámico, graduable y relativo que pretende ofrecer una respuesta individualizada para la concreción del juicio normativo o valorativo de la necesidad abstracta de defensa”.

La agresión, lo que supone, es emplear el medio menos lesivo de los disponible, para DÍEZ RIPOLLÉS⁸⁸ “se ha de tener en cuenta, las circunstancias concurrentes y, que, en la necesidad del medio deberá concurrir tanto en términos cualitativos como cuantitativos”⁸⁹.

Para valorar la existencia de este requisito debe adoptarse una perspectiva *ex ante* el juez debe colocarse en el lugar del defensor, en el momento que sea inminente o se inicie la agresión, y conforme a un criterio objetivo⁹⁰, se tendrá en cuenta todas las circunstancias que concurren, rapidez e intensidad de la agresión, así como los medios utilizados, estado de ánimo del agredido etc⁹¹.

Para que haya agresión no se precisa la iniciación del ataque, ni siquiera su consumación, es suficiente que del contexto objetivo en el cual se suceden las cosas se derive la convicción de que la ofensa va a producirse, o está ya comenzó a ejecutarse, pues el agredido no puede sentarse a esperar que el ataque se haga efectivo, si así fuera, la defensa no podría realizarse por incapacidad material de ejercerla⁹².

Cuando se plantea la proporcionalidad se está aludiendo a la cuestión de si se ha de hacer una ponderación entre los bienes jurídicos, por un lado, los agredidos y, por otro lado, los que resultan afectados por la acción de defensa. Hablamos del medio defensivo.

La adecuación racional de los medios ha sido tradicionalmente interpretada por la jurisprudencia como una referencia a la proporcionalidad entre ataque y reacción. La doctrina española sostuvo desde antiguo que debía regir una proporcionalidad entre

⁸⁷IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales...* op. cit. pág.189.

⁸⁸DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: op. cit. pág. 311.

⁸⁹ Misma opinión IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales...* op. cit. pág. 201.

⁹⁰RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo...* op. cit. pág. 68.

⁹¹VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: op. cit. pág. 229.

⁹²VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F.: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 1ª, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. pág. 532.

bienes jurídicos, fundamentándose en la asimilación o equivalencia de los conceptos racional y proporcional, esto debe estimarse que el CP español en ningún momento hace referencia a la proporcionalidad entre bienes jurídicos, por lo que a través de la defensa podrán verse afectados bienes más valiosos que los amenazados por la agresión ilegítima⁹³.

Lo que la Ley expresamente requiere para la defensa es la “necesidad racional del medio empleado” para impedir o repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos, en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad”⁹⁴.

Debe regir, en principio, una proporcionalidad entre la peligrosidad y la intensidad tanto de la agresión como de la defensa, por lo que frente a una agresión de poca entidad deberá regir un medio de defensa poco agresivo y viceversa, si se da una agresión severa se prevé que la defensa tenga que ser más peligrosa que en el caso anterior, siempre y cuando se tengan en cuenta todas las de circunstancias particulares de cada acometimiento, así como de los sujetos implicados⁹⁵.

La doctrina insiste en que la racionalidad no equivale a proporcionalidad, pero la jurisprudencia de manera reiterada vincula ambas categorías. Si el término proporcional se entiende en un sentido amplio, como hace la jurisprudencia, la defensa debe ser proporcionada, aunque los medios puedan no serlo.

Así en su sentencia, citada anteriormente, STS 544/2007⁹⁶ de 21 de junio expone: *“en este sentido, [...] decíamos en la STS. 470/2005 de 14.4 siguiendo la doctrina de la STS. 17.11.99, que el art. 20.4 CP . no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra "proporcionalidad" no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir*

⁹³LUZÓN PEÑA, D.M. *Aspectos esenciales de la legítima defensa...* op. cit. págs. 557-558.

⁹⁴JIMÉNEZ DÍAZ, M.J: *El exceso intensivo...* op. cit. pág. 50.

⁹⁵RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo...*op. cit. pág. 60.

⁹⁶STS 544/2007 de 21 de junio. FJ.1.

proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTs. 29.2 y 16.11.2000 y 6.4.2001, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Según la jurisprudencia, STS 593/2009, de 20 mayo⁹⁷ “constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos...” “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.”

En palabras del Tribunal Supremo, STS de 20 de mayo de 2004 “para establecer la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no solo 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 ejercicio legítimo de la actitud defensiva”.

En definitiva, aunque el Tribunal Supremo participa actualmente de la tesis más correcta que implica la no identificación entre racionalidad de la defensa y la proporcionalidad, todavía, de algún modo, ésta sigue impregnando con carácter general la interpretación de esa eximente, y dictando, incluso, resoluciones en las que dicho principio se sigue utilizando la antigua usanza⁹⁸.

En este apartado haré referencia a la Sentencia que anula la condena a una mujer por parte del Tribunal Supremo, que se defendió de la agresión de su pareja con un cuchillo. La AP de Navarra la condenó a dos meses de prisión por delito de lesiones con uso de instrumento peligroso. La Audiencia consideraba que no podía aplicar de forma completa la eximente de la legítima defensa porque no concurre el requisito de que el medio empleado fuera el idóneo. Por ello, aplicó la eximente, pero de manera incompleta, como atenuante, rebajando la pena, pero no absolviendo el delito. El Tribunal Supremo en su sentencia 699/2019⁹⁹ de 8 de enero, subraya que no puede hablarse de desproporción en la reacción de la mujer “La necesidad del medio empleado que se requiere para apreciar la legítima defensa completa ha de ser medida no como un laboratorio, sino en caso,

⁹⁷STS 593/2009 de 20 de mayo.

⁹⁸JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo... op. cit.* pág. 51.

⁹⁹STS 699/2019 de 8 de enero.

situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias o alternativas posibles” [...]. Exigir a la víctima de menor fortaleza física que el agresor, arrojada al suelo y anulada por el acusado[...] otro medio de defensa que el que se presentó cuando se percató de que el cuchillo que había situado en el cuello fue soltado por el agresor, no parece ponderado, no es sencillo imaginar otra acción defensiva idónea, máxime si se tiene en cuenta [...] que sólo causó una herida leve y que tras comprobar que la agresión , ya sí, debía tenerse por cesada y el peligro conjurado, depuso esa actitud sin intentar realizar nuevos apuñalamientos y auxiliando a J.M.

En otro orden de ideas, se habla en la doctrina de la “no subsidiariedad”, de la defensa, el cual plantea si en algunas circunstancias y frente a algunas agresiones no hay una obligación de huir, pedir auxilio y alertar a las autoridades, en vez de ejercer nosotros esa defensa, lo que vendría a decirnos que la legítima defensa solo cabe cuando esos medios queden excluidos. Ante ello la doctrina sostiene que esta posibilidad alternativa de defensa no afecta a la necesidad de defensa, sino en todo caso al medio defensivo empleado¹⁰⁰.

Habitualmente se entiende que no es exigible la huida. Por ello, aunque ésta sea la solución menos lesiva, si el agredido se defiende en lugar de huir sigue actuando en legítima defensa. Ello se justifica en la idea de que “el derecho no debe ceder ante el injusto”. Sin embargo, la doctrina admite mayoritariamente una restricción ético- social en el caso de agresiones de personas inimputables (menores, enajenados, etc.). En estos casos si fuera exigible la huida¹⁰¹.

En cuanto al tratamiento de la huida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español existe en los últimos años una corriente que tiende a la exigibilidad de la huida siempre y cuando esta sea posible, no peligrosa y no vergonzosa.

2.1.2.1 La defensa irracional: El exceso intensivo de la legítima defensa

Cuando el medio empleado es innecesario en el sentido visto por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo, se produce el denominado exceso intensivo o propio.

¹⁰⁰LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal... op. cit.* pág. 405.

¹⁰¹MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal...*op. cit.* pág. 37.

Al mismo le es aplicable la eximente incompleta, rebaja la pena uno o dos grados,¹⁰² se aplica según las reglas del artículo 68 del CP¹⁰³.

El tratamiento actual del exceso es fruto de modernas construcciones doctrinales, que no acaban aún de resolver definitivamente esta problemática.

La defensa sólo se justifica cuando existe una “racionalidad” adecuada entre el acto agresivo y el acto de protección. Todo aquello que desborda el contenido material del principio de menor lesividad, entendido como límite objetivo del ámbito justificador de la defensa necesaria, será formalmente antijurídico¹⁰⁴.

El análisis de este juicio de racionalidad en el concreto modo de defensa es eminentemente circunstancial y relativo, enjuiciando con flexibilidad esta necesidad instrumental desde dos vertientes, desde un punto de vista objetivo, se atiende a la importancia de los bienes jurídicos, a los medios empleados y a los que tenía a su disposición, al desvalimiento de la víctima, a la posibilidad de auxilio de terceros o de hecho la huida no peligrosa ni deshonrosa y a las circunstancias del hecho, lugar u ocasión. Desde el punto de vista subjetivo se permite un cierto margen en la valoración de la defensa concretamente realizada, en la elección del medio idóneo menos lesivo etc., por cuanto que la defensa se desenrolla en un clima de angustia, creado por la agresión ilegítima, con lo que habrá de tenerse en cuenta la perturbación psicológica que enturbia la posibilidad de una defensa precisa, por parte del agredido¹⁰⁵.

Existe pues una agresión ilegítima y necesidad abstracta de ejecutar la defensa, pero el sujeto reacciona de forma racionalmente inadecuada, esto es, excesivamente lesiva.

Una correcta determinación de las diferentes soluciones jurídicas respecto al exceso intensivo requiere por comenzar por la delimitación de cuáles son los supuestos específicos que comprenden, pues de la doctrina tradicional se deduce que si bien un núcleo común indubitado del que parten todos los autores, no toda la doctrina científica incluye en su ámbito idénticas hipótesis como punto de partida¹⁰⁶.

Casi la totalidad de la doctrina circunscribe esta modalidad de exceso defensivo a dichos supuestos en los que se ejecuta una defensa racionalmente adecuada, aunque cabe

¹⁰²LUZÓN PEÑA, D.M. *Aspectos esenciales de la legítima defensa...* op. cit. págs. 559-560.

¹⁰³Artículo 68 CP: *En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.*

¹⁰⁴IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales...* op. cit. pág. 431.

¹⁰⁵*Idem.* pág. 434.

¹⁰⁶JIMÉNEZ DÍAZ, M.J *El exceso intensivo...* op. cit. pág. 64.

mencionar algunos autores que incluyen dentro del concepto de exceso intensivo o propio aquellas hipótesis en la que falta el tercer requisito legal de la eximente, esto es, la falta de provocación suficiente por parte del sujeto que se defiende. Es el caso de IGLESIAS RÍO¹⁰⁷.

Otros autores, consideran como norma general que la legítima defensa puede ir más allá que la propia agresión, en cuanto a la gravedad del daño. No entra en juego, pues, la proporcionalidad entre los bienes jurídicos amenazados por la agresión y el daño en defensa, sino sólo la necesaria utilización del medio defensivo menos lesivo de los que tenga a su alcance. Cuestión que no tiene que ver con la “proporcionalidad”, sino con el principio de menor lesividad.

Entre otros autores tenemos la tesis de BOLEA BARDÓN¹⁰⁸ que afirma que en la legítima defensa no rige el principio de proporcionalidad, por lo menos no en los mismos términos que en el estado de necesidad donde se aplica en su visión más estricta. En estos casos el exceso puede llegar a determinar un salto cualitativo, cuestionando ya la propia necesidad abstracta de la defensa, perdiendo toda legitimidad de la facultad de defensa que el Ordenamiento jurídico le otorga.

El Código Penal no efectúa ninguna referencia legal al exceso defensivo, por lo que su tratamiento jurídico se deja en manos de los tribunales y de la orientación que desde los foros científicos pueda indicarse.

A modo de ejemplo, la Sentencia del TSJC 1150/2018¹⁰⁹ de 12 de julio de 2018, donde anula la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Güímar, al condenar al acusado a dos años y seis meses de prisión [...], por un delito de homicidio, con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa. Y por un delito de tenencia de armas. El TSJC estima el recurso al entender que la sentencia dimanante del fallo del jurado vulneró el derecho del anciano a obtener una resolución “fundada y motivada.” Los hechos sucedieron el 1 de marzo 2015, cuando dos hombres entraron a robar en la finca de Severio, disfrazados con caretas y armados con un formón y una pistola, que era

¹⁰⁷ “[...] requiere así la presencia real objetiva de los presupuestos fundamentales o básicos configuradores de la causa de justificación, (en nuestro caso, una agresión ab initio y la necesidad normativa, así como de voluntad de defensa), existiendo únicamente un déficit o ausencia de requisitos secundarios o subordinados (necesidad en concreto y falta de provocación), IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales... op. cit.* pág. 431.

¹⁰⁸ BOLEA BARDÓN, C.: “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa, (A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz y de la STS de 5 de octubre de 1999. Ponente: Martín Canivell)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 1998, págs. 634. También publicado en *RECPC*, 2001.

¹⁰⁹ TSJC 1150/2018 de 12 de julio.

simulada. Tras asaltar el muro exterior obligan al condenado a abrir la puerta de su domicilio. En la vivienda se encontraba la esposa y la cuñada del acusado. Mientras los asaltantes exigían la entrega de dinero en efectivo, el acusado se dirigió al dormitorio y saco de un armario un revólver, regresando al hall, donde realizó un primer disparo que impactó en la pared y un segundo disparó que impactó en lado izquierdo del rostro de Everardo, falleciendo como consecuencia del disparo. Fundamenta el Tribunal que el Jurado expresó que *“no queda probado por 7 votos que el acusado Benedicto realizó el disparo que determinó el fallecimiento de Everardo en defensa propia y de su esposa siendo la única alternativa posible para impedir el riesgo real existente o que el acusado se representaba por la situación de angustia y temor provocado por la situación sin previa provocación por su parte, de los enmascarados en el curso del asalto y todo ello en base a que a pesar de que se trataba de una situación de riesgo para el acusado y su familia, existían otras alternativas de actuación menos gravosas o perjudiciales que hubieren podido impedir la muerte de Don Everardo . Cuando el Jurado declara probada por unanimidad la existencia de una circunstancia atenuante de eximente incompleta de legítima defensa, punto d) del Apartado Tercero, expone exactamente lo que sigue: "Queda probado por unanimidad que el acusado Benedicto realizó el disparo que determinó el fallecimiento de Everardo en defensa propia y de su esposa pese a que existían alternativas posibles menos gravosas para impedir el riesgo real existente o que el acusado se representaba ante la situación de angustia y temor provocada por la actuación sin previa provocación de los enmascarados en el curso del asalto, ya que este Tribunal del Jurado cree que podrían existir otras alternativas menos gravosas para impedir la muerte de Don Everardo , reconociendo no obstante que el mismo actuó en defensa propia tanto de su persona como de su esposa al efectuar el disparo, pero pese a ello podía haber utilizado otras alternativas igualmente efectivas para salvaguardar su integridad física y la de su esposa, evitando la muerte del fallecido. [...]"*

Considera este Tribunal que tienen razón los recurrentes en su alegación de esa falta de motivación. En su veredicto no da explicación alguna el Jurado de por qué considera que existían o podrían existir otras alternativas de actuación para el acusado menos gravosas o perjudiciales o igualmente efectivas para hacer frente al atraco y agresión ilegítima de que estaban siendo objeto él y su esposa, ni expresa tampoco en qué prueba se basa para efectuar aquellas afirmaciones, ni cuales pudieran ser aquellas otras opciones o elecciones que hubieran permitido al acusado el repeler o afrontar el ataque

y agresión que, sin provocación por parte de Benedicto , se declaran probadas y concurrentes.

No se explica en el veredicto que le era dable o posible al acusado para reaccionar ante el ataque en otra forma complementaria a como lo había hecho ya, esto es, realizando un primer disparo disuasorio al suelo, tal y como así se declara probado[...], puede considerarse que en la declaración como probada de la concurrencia de la circunstancia atenuante de eximente incompleta de legítima defensa y la consiguiente declaración como no probada de la circunstancia eximente de legítima defensa que el Ministerio Fiscal y la defensa del acusado estimaban concurrente, "El Jurado no ha explicado adecuadamente el ejercicio de su función jurisdiccional".

En cuanto a el exceso, puede tener distintos motivos, que pueden presentarse independientemente o de manera cumulativa, y que producirán a su vez distintos efectos jurídicos y ver si cada una de ellas pueden ser desarrolladas en una situación de miedo¹¹⁰.

En primer lugar, podemos hablar de un *exceso fortuito*: el sujeto emplea una defensa no racional por mero accidente, sin dolo ni imprudencia en su actuación. En este supuesto resulta irrelevante sí el sujeto actuaba o no inmerso en un estado emocional de miedo.

En segundo lugar, el *exceso doloso*: el sujeto es consciente de que está empleando una defensa no racional, bien porque conoce que tiene a su disposición otro medio menos lesivo y también idóneo para impedir o repeler la agresión. La doctrina mayoritaria,¹¹¹ así como la jurisprudencia, acepta que el exceso consciente pueda tener en su causa el miedo padecido por el sujeto.

En tercer lugar, el *exceso imprudente*: aunque existe necesidad de defensa, el sujeto realiza en su reacción defensiva un comportamiento negligente (infracción del deber de cuidado) que produce como resultado (no querido) una defensa no adecuada a la agresión ilegítima. En este supuesto del exceso imprudente, nos plantea dos teorías que dividen a los penalistas, por un lado aquellos que sostienen que en el caso de la legítima defensa el exceso defensivo por imprudencia es "una justificación de las repercusiones innecesarias de una acción no defensiva", con lo que sostienen que en una un agresión ilegítima que no estamos obligados a soportar no se nos puede pedir que nos comportemos con la diligencia y cuidado de una situación cotidiana, por lo que modular en ocasiones la intensidad o el medio empleado puede ser más complejo y por eso en caso de generar un

¹¹⁰JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo... op. cit.* págs. 86 y ss.

¹¹¹*Idem.* pág. 88.

exceso defensivo por imprudencia este no debe generar reproche a aquel que se defiende. Por otro lado, están aquellos que abogan por el principio de menor lesividad stricto sensu. Lo que exige que debemos modular el calibre y medio del medio defensivo usado frente a una agresión ilegítima pues de lo contrario nuestra conducta podría devenir penalmente reprochable por ser excesiva¹¹².

En cuarto lugar, podemos hablar del *exceso por error*: el exceso intensivo tiene lugar como consecuencia de un error padecido por el sujeto, que a su vez admite dos modalidades diferentes, de un lado, puede recaer sobre: los límites normativos de la legítima defensa o error sobre la extensión de la legítima defensa. Y, por otro lado, puede obedecer a una apreciación equivocada acerca de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

En el primer supuesto el sujeto sabe que tiene a su disposición otro medio para su defensa menos lesivo que el que utiliza y que también es idóneo para impedir la agresión, bien es consciente que puede emplearlo de forma menos intensa, pero en uno u otro caso cree equivocadamente que actúa dentro de los límites marcados por la eximente y que su conducta es conforme a Derecho. En ese sentido, hay que matizar que, en este supuesto, el agredido cree que la ley ampara cualquier medio, o lo que es lo mismo, actúa en la creencia equivocada de que la eximente le permite emplear cualquier medio defensa (o utilizarlo con cualquier intensidad) con tal de que sirva para impedir o repeler la agresión ilegítima, luego se trata de un *error sobre los límites de la legítima defensa*.

En la segunda hipótesis del error, el agredido evalúa erróneamente el procedimiento de defensa que utiliza, esto es, actúa con la creencia equivocada de que está empleando una defensa racionalmente adecuada. Esta conciencia equivocada de estar actuando dentro de los márgenes que permitan la aplicación de la legítima defensa, normalmente está motivada por una percepción errónea acerca de la entidad de la agresión ilegítima, la que será apreciada como más peligrosa de lo que objetivamente resulta ser.

Dado que, de hecho, lo que le lleva a ejercer la defensa irracional, aunque creyéndola adecuada, es una falsa o errónea percepción de la realidad que, de ser objetivamente cierta, hubiera determinado asimismo la objetiva racionalidad de su actuación, el error

¹¹²*Idem*. págs. 86-87

con el que ejecuta su comportamiento debe ser calificado como *error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación*¹¹³.

Cada modalidad de error que he mencionado puede aparecer en su forma vencible o invencible, lo que en su momento será tenido en cuenta a los efectos de determinar sus respectivos tratamientos en este ámbito de los excesos.

En cuanto a la posible concurrencia del estado asténico en estos supuestos, cabe decir que el primero (*exceso por error en los límites de la legítima defensa*) parte de la base que el sujeto no se siente amparado por la causa de justificación por creer que cualquier clase de defensa está permitido, lo que no obsta a que, en la práctica, pueda actuar concretamente guiado por una situación emocional del miedo.

La segunda hipótesis (*exceso por error sobre los presupuestos fácticos de la necesidad racional del medio*), es más propicia a presentarse asociada al miedo, dado que la falsa representación de la realidad que da lugar a la actuación excesiva puede haber sido motivada por el mismo.

Puede suceder también que aconteciera un exceso intensivo originado por miedo, pero desvinculado de cualquiera de las modalidades de exceso que acabamos de exponer. Podría ser, ante un miedo que impidiera al sujeto efectuar valoración alguna sobre el procedimiento defensivo que está poniendo en práctica. Hablamos de que el miedo llega a la fase máxima de terror paralizante o pánico, podría dar lugar a la ausencia de acción o queda en el nivel inmediatamente inferior, podría determinar la inimputabilidad del defensor a través de la figura del trastorno mental transitorio, art.20.1º CP.

La concurrencia de legítima defensa con miedo insuperable, lo tenemos en la Sentencia 1708/2003 de TS, Sala de lo penal, 18 de diciembre de 2003;¹¹⁴“*Sobre la una del día cuatro de junio del año dos mil, Claudio y otra persona irrumpieron en la vivienda que habitaban Gerardo y Amparo, [...] quienes se encontraban durmiendo. Entraron en esa vivienda, sita [...], en Getafe, rompiendo, de una patada, la hoja inferior de cristal de la puerta de acceso. Ya dentro, golpearon a la mujer, y, en una penumbra consecuencia de la falta de luz eléctrica, que sólo recibía indirectamente la vivienda de la que alumbraba un patio contiguo, se enzarzaron en un intercambio de golpes Gerardo y Claudio. El primero de ellos, semivestido y descalzo, salido bruscamente del sueño, y sorprendido por la inesperada presencia de los dos hombres temiendo -por él o por su*

¹¹³*Ibidem.*

¹¹⁴STS 1708/2003, de 18 de diciembre de 2003.

compañera, o por ambos- sufrir lesiones graves y aun mortales dada la confusión del momento, echó mano a un cuchillo de cocina que encontró en la habitación, y asestó a Claudio cuatro cuchilladas.”

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *“debemos condenar al acusado como autor responsable y un delito intentado de homicidio concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa a la pena de dos años de prisión [...]”*.

Se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, donde se absolvió al acusado de los cargos de tentativa de homicidio amparándose en que el miedo insuperable da cobertura al exceso intensivo de la legítima defensa. En esta línea argumental sostiene *“que la agresión es una situación patológica y la persona que sufre el peligro se encuentra en una situación emocional, que ha de tomar sus decisiones con gran rapidez, y así ocurrió cuando Gerardo echa mano a un cuchillo que es lo primero que encuentra. Se produjo “una mezcla de sentimiento de defensa y de miedo”, aunque sin la intensidad bastante para exculpar talmente al acusado con arreglo a la eximente de miedo insuperable, porque no había base para afirmar la concurrencia de estado patológico que hace inexigible otra conducta, razón por la que no se aprecia la causa de justificación plena sino la eximente incompleta que fue de tanta intensidad que justifica la imposición de la pena inferior en dos grados. El exceso intensivo puede ser cubierto 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. También puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo.”*

Partiendo de la base de que la conducta defensiva es justa si cumple los requisitos de agresión ilegítima y necesidad de defensa, el comportamiento antijurídico recaería entonces sobre aquello que excede de lo que racionalmente excede de lo normal para repeler esa agresión. Algunos autores no comparten esta opinión sobre graduar la legítima defensa, tratándola como eximente o atenuante, pues sostienen que o esta se da en su totalidad, o por otro lado carece de fundamento. Según esta teoría la legítima defensa sólo se podía comportar como una eximente, no como una atenuante, pues no cabe modularla. Estos autores, sostienen que el homicidio cometido en legítima defensa sigue siendo una conducta antijurídica, no obstante, es menos reprochable. Por lo que según esta

afirmación la atenuación de la pena no descansa sobre la antijuridicidad o no de la defensa sino en la culpabilidad¹¹⁵.

Esta problemática se ha resuelto estableciendo una eximente completa y otra incompleta. En este caso sí que se establece que no podemos tratar igual al que mata de forma dolosa que a aquel que lo hace en legítima defensa, aun cuando se haya excedido en esta defensa. No obstante, esta teoría abre la puerta a que el inicial agresor reaccione en legítima defensa frente al exceso¹¹⁶.

2.1.3 Falta de provocación suficiente por parte del defensor

Exige el artículo 20. 4º CP tercero que, el que realiza el comportamiento defensivo no haya provocado de manera suficiente la agresión ilegítima. Estamos pues, ante un requisito inesencial, pues su concurrencia o falta, no afecta a la presencia de los demás requisitos, por lo que, aunque haya provocación suficiente, cabe la eximente incompleta.

En la doctrina española se suele entender que la “provocación suficiente” de la que habla el CP es la que causa adecuada y proporcionalmente la agresión, de modo que disminuye su culpabilidad y normalmente se añade que ha de haber precedido inmediatamente a la agresión. En la jurisprudencia se exige estos requisitos, pero hay sentencias que consideran provocación actos mínimos o incluso ilícitos o incidentales ocurridos con mucha anterioridad¹¹⁷.

La provocación ha de ser adecuada y proporcionada a la agresión, si falta esa adecuación se produce un exceso en la defensa, que impide la estimación de la eximente completa. Por lo tanto, ha de ser suficiente.

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

¹¹⁵JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: *El exceso intensivo en la legítima...* op. cit. págs. 77-78-79.

¹¹⁶*Idem*, págs.80-81.

¹¹⁷LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa...* op. cit. págs. 563-564.

La provocación suficiente excluye la aplicación de la legítima defensa cuando procede del defensor. Si la provocación suficiente procede, no del que realiza la acción defensiva, sino del defendido, podrá el defensor estar amparado por la eximente completa de la legítima defensa, pues no ha sido él, sino el defendido, quien ha provocado suficientemente la agresión ilegítima¹¹⁸.

Por consiguiente, no basta, pues, para invalidar la exención total de responsabilidad cualquier provocación de la agresión, sino que aquélla debe prevenir del injustamente agredido o amenazado en su persona o derechos, y ser de entidad suficiente para desencadenar la agresión concreta de la que después, sin solución de continuidad, es objeto y de la que debe defenderse¹¹⁹.

Las conductas provocadoras relevantes para evitar la exención de responsabilidad criminal pueden ser provocaciones dolosas o imprudentes, pero han de ser de tal entidad que lleven a iniciar una agresión ilegítima.

La provocación dolosa supone una manipulación intencional que realiza el autor con la esperanza y el deseo de conseguir que el provocado realice una agresión ilegítima, mientras que los supuestos de provocación imprudente son aquellos en los que, sin intención de provocar, sin embargo, el sujeto realiza una conducta negligente que origina una agresión ilegítima¹²⁰.

La doctrina y la jurisprudencia hablan de provocación o amenaza adecuada, lo cual constituye una exigencia que, en múltiples ocasiones, será difícil constatar. STSS de 15 de junio de 1983 y de 17 de octubre de 1989. *“En cualquier caso, es preciso diferenciar entre ‘provocar’ y ‘dar motivo u ocasión’; para apreciar la concurrencia de la eximente no basta esto, es menester la provocación, que, en todo caso, ha de ser adecuada y proporcionada a la agresión... La jurisprudencia, al examinar este requisito, suele considerar suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a una reacción agresiva”*.

Para concluir este apartado, voy a referirme de forma breve al tratamiento que debe darse en situaciones de riña libre y mutuamente aceptada, desde la perspectiva jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Hay situaciones en las que las partes deciden resolver un determinado enfrentamiento mediante una agresión recíproca, por lo que ambas partes se convierten en agresor y

¹¹⁸VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 231.

¹¹⁹OTERO GONZÁLEZ, P.: *op. cit.* pág. 123.

¹²⁰MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS.: *op. cit.*, pág. 159.

agredido, estamos, ante la riña mutuamente aceptada, y la doctrina tradicional excluye el concepto jurídico de agresión ilegítima, por tanto, la inexistencia de la legítima defensa. Esto amparándose en dos argumentos, por un lado, que al ser la agresión recíproca no puede ser ilegítima y por otro que no cabe su ilegitimidad porque es provocada y por tanto también esperada. No obstante, por muy recíprocas que las agresiones sean, no dejan de ser antijurídicas. Esto ha llevado a muchos expertos en la materia a pensar que tal vez si exista una agresión ilegítima, pero la situación carezca de una necesidad de defensa

No estamos ante una riña libre y mutuamente aceptada en los supuestos en los que el defensor no logra repeler la agresión ilegítima desde el primer momento, y a consecuencia de ello se ve envuelto en una lucha con el agresor prolongada en el tiempo. En este supuesto y si concurren el resto de los requisitos cabe apreciar la legítima defensa.

Habrà una riña libre y mutuamente aceptada cuando ante una provocación o desafío, cada uno de los contendientes sin verse forzado a ello acepta ser atacado por el otro y, por tanto, correr el riesgo de lesión.¹²¹ Actuando solo para defender su integridad en el marco de lo necesario y sin que haya excesos en su actuación.

Por lo tanto, no todos los supuestos de riña libre y mutuamente aceptada van a tener el mismo tratamiento.

En ese sentido, el TS se pronuncia en su sentencia STS 611/2012 de 10 de julio"¹²² “[...] *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»*”.

De igual forma se pronuncia en su STS 347/2015 de 11 de junio¹²³, entre otras, “*en tales situaciones existe una doctrina invariable y persistente sostenida por esta Sala según la cual los intervinientes en la pelea recíprocamente consentida se convierten en agresores, y en tal caso las mutuas agresiones no merecen el calificativo de defensivas. Falta la agresión ilegítima sin la cual no se justifica en general la necesidad de defensa*”.

¹²¹VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 232.

¹²²STS 611/2012, de 10 de julio, FJ 2º.

¹²³STS 347/2015 de 11 de junio, FJ 4º.

porque uno de ellos agrede a otro, sin excluir que él a su vez también sea agredido, por el contrario.”

LUZÓN PEÑA¹²⁴ considera acertada la posibilidad, de que sí cabe la legítima defensa, si uno de los contendientes rebasa los medios agresivos inicialmente acordados, o cuando el otro se rinde y manifiesta que quiere cesar la lucha, pues en ese caso, cesa la inicial situación de ilegitimidad para defender sus bienes jurídicos y el Derecho, manifestada objetivamente ante todos por la voluntad de renunciar a la protección jurídica expresada en la provocación o aceptación del reto, y el sujeto recobra la protección jurídica

Dicho de otra manera, se puede compatibilizar con la exigente, si la riña se desenvuelve sin previa y mutua aceptación, y el acontecimiento parte en primer lugar y claramente de uno de los contendientes, por eso, el Tribunal, tiene el deber de averiguar la génesis de la riña, determinado que y quien la inició¹²⁵.

El Tribunal Supremo ha aplicado también la doctrina de la riña mutuamente aceptada a los supuestos de violencia mutua en el ámbito de las relaciones de pareja. Así, la sentencia 325/2015 de 27 de mayo¹²⁶, cesando la sentencia de la AP de Madrid que había apreciado la exigente incompleta en la conducta de una de las personas agresoras, con el argumento de que se trataba de una disputa.

Sin embargo, en 2019 La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha adoptado un Acuerdo de Pleno que establece que en los casos de agresiones recíprocas hombre y mujer en pareja o expareja es hecho de violencia de género, y familiar o doméstica, respectivamente.¹²⁷ No obstante, siempre he analizado el caso concreto. La sentencia, STS 677/2018 de 20 de diciembre¹²⁸, revoca la sentencia de la AP de Zaragoza nº 394/2017 que da la absolución de los dos miembros de la pareja por una agresión mutua a cuenta de una discusión en un sitio público. los hechos probados relatan que en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a él un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por ella, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de las dos denuncias al otro. El Tribunal Supremo

¹²⁴ LUZÓN PEÑA, F.: *op. cit.*, pág. 407.

¹²⁵ OTERO GONZÁLEZ, P.: *op. cit.* pág. 121.

¹²⁶ STS 325/2015 de 27 de mayo.

¹²⁷ Disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13577> (fecha de última consulta: 26 de julio de 2021).

¹²⁸ STS 677/2018 de 20 de diciembre.

“establece que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja es violencia ya que constituye actos de poder y superioridad frente a la mujer con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad”.

2.2 Elementos subjetivos

En este apartado del trabajo, analizamos los elementos subjetivos que tienen que concurrir, para que se haga efectiva la causa de justificación de la eximente de la legítima defensa.

Como hemos visto en los distintos apartados del trabajo, es necesario el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la norma para que el ilícito quede amparado por la legítima defensa, por lo que, son tan necesarios los requisitos objetivos como el elemento subjetivo para su apreciación.

El elemento subjetivo, por tanto, es un elemento esencial, por lo cual, sin la concurrencia de éstos no cabe aplicar ni la eximente completa ni la incompleta de la legítima defensa¹²⁹.

Debe operar, por un lado, el ánimo y la voluntad de defensa, y por otro lado tener el conocimiento de la situación de la legítima defensa. Esto implica que el autor actúe en conocimiento de la situación de la legítima defensa y en dirección a salvaguardar los bienes jurídicos puestos en peligro por la agresión ilegítima. Es lo que conocemos como el “*animus defendendi*” o ánimo de defensa. Este requisito ha sido muy discutido por la doctrina, una parte de ella sostiene que la defensa que fuese encaminada a un fin distinto que el de defenderse, no estará amparado por la eximente, ni completa ni incompleta. Otra parte de la doctrina sostiene que mantener este planteamiento carece de sentido, porque además de que en ocasiones sería muy arduo dilucidar cuáles fueron las intenciones del que actúa en legítima defensa se estaría dando a esta actuación una vertiente subjetivista. Lo esencial sería por tanto la agresión ilegítima y la defensa frente a esta, no las razones que llevaron al sujeto al defenderse o defender a otro¹³⁰.

De esa voluntad o ánimo de defensa, hace referencia el Tribunal Supremo, a la hora de apreciar la legítima defensa, así en su sentencia STS 470/2005 de 14 de abril¹³¹, expone que la eximente de legítima defensa, “ [...] como causa excluyente de la antijuricidad o

¹²⁹VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 232.

¹³⁰LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal... op. cit.* págs... 407-408.

¹³¹STS 470/2005 de 14 abril.

causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un animus defendendi que no es incompatible con, el propósito de matar al injusto agresor (animus necandi o leadendi), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo”.

También se pronuncia en la STS 1270 /2009¹³², de 16 de diciembre, sobre los elementos subjetivos relacionándolos con el requisito de necesidad de defensa,

“[...] 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.

3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Visto todos los elementos integradores de la legítima defensa, así, cómo sus requisitos, unos esenciales y otros inesenciales, vamos a ver en este apartado, qué consecuencias jurídicas se derivan cuando, el Tribunal considera que existe una causa que justifica la agresión ilícita, esta es la legítima defensa.

La primera consecuencia que se suele mencionar es la de que contra la legítima defensa no cabe a su vez legítima defensa. En efecto, si la legítima defensa es una causa de justificación, y si la acción de defensa es lícita y conforme a Derecho, no puede constituir una agresión ilegítima, primer requisito para que contra ella cupiera legítima defensa¹³³.

En segundo término, de la naturaleza de la legítima defensa se deriva que la participación en ella es impune. Pues, por un lado, si la defensa no constituye algo antijurídico, sino un acto lícito del agredido, la participación (inducción, cooperación, complicidad en ese acto) no supone sino incitar o ayudar a realizar algo permitido e incluso deseable, por lo que ha de ser asimismo lícita y, en consecuencia, impune.¹³⁴

De otro lado, la naturaleza de la participación en la defensa propia se desprende asimismo del carácter de la defensa de terceros (parientes o extraños). La defensa de un

¹³²STS 1270/2009, de 16 de diciembre.

¹³³MUÑOZ CONDE, D. M.: *op. cit.* pág. 101.

¹³⁴*Idem.* pág. 102.

tercero es lícita precisamente porque el fundamento de la defensa en cualquiera de sus formas es objetivo no subjetivo¹³⁵.

Es decir, es lícita porque el fundamento de la defensa consiste en la necesidad para el orden jurídico de ser defendido y de que asimismo lo sea el bien jurídico contra la agresión antijurídica, tanto da que sea el propio agredido como que sea un tercero quien realice ambos cometidos.

La última consecuencia de la naturaleza de la legítima defensa como causa de justificación es que además de eximir de pena, exime también de responsabilidad civil.¹³⁶

En cuanto a los daños causados en los medios materiales utilizados por su agresor en su ataque, aunque pertenezca a un tercero, quedan amparados también por la causa de justificación de la legítima defensa.

Por el contrario, no están amparados en la eximente de la legítima defensa los daños causados a objetos de terceros no utilizados por el agresor en su ataque, ni las lesiones de bienes jurídicos de terceros, como puede ser la vida, integridad física, que no han intervenido en la agresión¹³⁷.

4 CONCLUSIONES

Tras analizar la naturaleza, fundamentos, límites y los excesos, en concreto, el exceso intensivo de la legítima defensa, desde los distintos puntos de vistas doctrinales y sus respuestas jurisprudenciales, pasamos en este apartado a realizar las conclusiones objeto del estudio.

Primero. En cuanto a la naturaleza de la legítima defensa, está muy clara la tendencia doctrinal, nos encontramos ante una causa de justificación. Partiendo de su naturaleza se desprenden varias consecuencias, a saber, la participación, inducción y cooperación en la legítima defensa es impune, esto se debe a que, si la acción es lícita, su participación, inducción y cooperación también lo será. La legítima defensa excluye responsabilidad penal y civil. Otra consecuencia es que la acción de defensa es lícita y aunque dañe o ponga en peligro bienes jurídicos, pierde su desvalor porque está justificada, de forma que no comporta una agresión ilegítima y contraria a Derecho.

¹³⁵*Ibidem.*

¹³⁶*Idem.* pág. 103.

¹³⁷VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *op. cit.* pág. 232.

Segundo. Serán los bienes jurídicos personales defendibles a través de la legítima defensa, esto es, que la agresión ilegítima ponga en peligro bienes jurídicos pertenecientes a la víctima o a terceros a quien se defiende, estos son la vida, la salud, la propiedad, etc. Los bienes jurídicos supraindividuales no podrán ser defendidos mediante la figura de la legítima defensa. Esto se deduce del propio texto legal “*en defensa de la persona o derechos propios o ajenos*”. Se entiende que la defensa es por tanto en bienes pertenecientes a personas físicas y jurídicas.

Tercero. La mayor parte de la doctrina sostiene el doble fundamento de la legítima defensa. Un fundamento individual en defensa de los bienes jurídicos propios, y el fundamento supraindividual que defiende el Ordenamiento jurídico frente a una agresión ilegítima.

Cuarto. Para aplicar la eximente de la legítima defensa deben darse la concurrencia de todos sus requisitos, los objetivos y el subjetivos. En base a la doctrina y jurisprudencia consultadas vemos que los requisitos objetivos son: agresión ilegítima, necesidad de la defensa, necesidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Para aplicar la legítima defensa tanto de forma completa como incompleta, han de concurrir los requisitos esenciales de agresión ilegítima y el requisito de necesidad de la defensa. Es la agresión ilegítima la que genera la necesidad de la defensa, por lo que si no hay una necesidad de defensa no cabe aplicar la legítima defensa, por eso son requisitos esenciales. El resto de los requisitos, necesidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente, son requisitos inesenciales, esto quiere decir que no cabe aplicar la eximente de forma completa, pero sí de forma incompleta, atenuando la responsabilidad penal. En cuanto al elemento subjetivo, es un requisito esencial, debiendo concurrir siempre en la legítima defensa, este elemento implica la exigencia de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse.

Quinto. El exceso de la legítima defensa, es aquel en donde el sujeto que ejerce la defensa, sobrepasa los límites de esta, es decir supera los requisitos de la legítima defensa, dando lugar a dos tipos de excesos, por un lado, el exceso extensivo, que es aquel que se da en la duración de una defensa necesaria, y por otro, el exceso intensivo, que se da en la intensidad lesiva de la defensa.

Sexto. El exceso intensivo tiene lugar como consecuencia de un error padecido por el sujeto, que a su vez admite dos modalidades diferentes, de un lado, puede recaer sobre los límites normativos de la legítima defensa o error sobre la extensión de la legítima

defensa. Y, por otro lado, puede obedecer a una apreciación equivocada acerca de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

Séptimo. Admite la doctrina y la jurisprudencia la compatibilidad de las eximentes de la legítima defensa y de miedo insuperable en los supuestos que se produce el exceso intensivo, dependiendo de las circunstancias concretas del caso el miedo puede actuar como causa que excusa su ejecución. Los tribunales suelen aplicar el miedo insuperable inserto en la legítima defensa, completando así la aplicación de la eximente de forma completa.

Octavo. Uno de los problemas de los Tribunales es la aplicación del principio de proporcionalidad. Aunque parece que los Tribunales tiene claro la aplicación de la tesis de que la proporcionalidad debe darse entre la lesión que el medio de defensa puede causar y la lesión que se pretende evitar, aún hay sentencias contradictorias al respecto.

Noveno. El Tribunal Supremo establece como regla general, que no puede apreciarse como legítima defensa los supuestos de riña mutuamente aceptada, dado que la contienda es asumida por ambas partes, importa poco la prioridad de la agresión, cuando aceptan y asumen la misma emitiendo una respuesta, por tanto, los atacantes y agresores son mutuos y recíprocos. Pero será el Juez, quien tiene que delimitar la producción iniciaría del mismo, para poder evaluar si se puede dar la agresión ilegítima a los efectos de apreciar la eximente de defensa propia o si, por el contrario, se entiende que el enfrentamiento ha sido aceptado, por lo que no cabría aplicarse la eximente de la legítima defensa.

Décimo. Existe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias que ilustran la negativa de aplicar la eximente completa de legítima defensa en casos de mujeres maltratadas que se defienden de sus agresores, con base en la desproporción del medio defensivo utilizado. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 8 enero 2019 que hemos referenciado, pone de manifiesto cómo la necesidad de la acción defensiva, deben primar módulos objetivos, como la paridad del bien jurídico que se tutela y el afectado por la acción defensiva, la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado. A través de esta sentencia el Tribunal parece entender de manera correcta el contenido de algunos requisitos de configuración de la legítima defensa, proporcionando una respuesta positiva ante la defensa de una agresión ilegítima en el contexto de violencia de género.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLEA BARDÓN, C.: “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa, (A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz y de la STS de 5 de octubre de 1999. Ponente: Martín Canivell)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 1998. También publicado en *RECPC*, 2001.
- COCA VILLA, I.: “La legítima defensa frente a omisiones,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 69, 2016.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho Penal Español, Parte General*. 5º. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GIL GIL, A.: “El tipo subjetivo de las causas de justificación”, en AA.VV. (CARBONELL MATEU, J.C., Dir.): *La justificación penal: balance y perspectivas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- LUZÓN PEÑA, D.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ed. 3º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ed. 2º actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002.
- QUINTANAR DÍEZ. y ORTIZ NAVARRO, J. M.: “*Elementos de Derecho Penal Parte General*”. 2º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “La Antijuricidad”, en AA.VV. (MORENO-TORRES HERRERA, M.R. Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*, ed. 10º, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho Penal,” *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Un caso límite entre justificación y exculpación, la legítima defensa putativa,” *Revista Penal*, nº 24, 2009.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, ed. 10ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2020.
- OTERO GONZALEZ, P.:” La legítima defensa”, en AA. VV (QUNTERO OLIVARES, G., Dir.): *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, ed. 3º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PALERMO, O.: *La legítima defensa: una revisión normativista*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.
- PÉREZ ALONSO, E.J.: *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “*Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*,” Cuadernos de Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- SOTO NIETO, F.: “La legítima defensa completa e incompleta,” *Diario de la Ley*, N.º 623, Sección Columna, Editorial LA LEY, Ref. D-88, 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.: “La legítima defensa”, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. Aranzadi, S.A.U., 2011. Disponible en [http:// www. aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es) (fecha de última consulta 29 de junio de 2021).
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “Art. 20. Eximentes de la responsabilidad criminal” en AA. VV (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.): *Comentario al Código Penal Español. Tomo I y II*. 7º ed., 2016.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, ed. 1ª Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: “Derecho Penal. Parte General. Introducción Jurídica del delito,” 2º ed. en AA. VV. (ROMEO CASABONA, C., SOLA ROCHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M., Coord.): *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed. Comares, 2016. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13577> (fecha de última consulta 26 de julio de 2021).

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Sentencia Tribunal Supremo núm. 4623/1979, de 10 de diciembre.
Sentencia Tribunal Supremo núm. 3597/1981, de 2 de octubre.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4553/1995, de 9 junio.
Sentencia del Tribunal Supremo núm. 614/ 2004, de 12 mayo
(recurso 2466/2002).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1708/2003, de 18 diciembre
(recurso 2472/2002).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 470/2005, de 14 abril
(recurso 4355/2005).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 879/2005 de 4 julio
(recurso 6899/2005).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 441/2006 de 11 noviembre
(recurso 301/2006).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1262/2006 de 28 diciembre
(recurso 9739/2006).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 294/2007 de 30 de marzo
(recurso 1707/2006).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 527/2007 de 5 de junio
(recurso 4744/2007).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 544/2007 de 21 de junio
(recurso 10007/2007).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 593/2009 de 29 mayo
(recurso 3214/2009).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1180/ 2009 de 18 noviembre
(recurso 7900/2009).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1270/2009 de 16 diciembre
(recurso 307/2010).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 360/2010 de 22 abril
(recurso 11387/2009).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 967/2011 de 23 septiembre
(recurso 76/2011).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 611/2012, de 10 de julio
(recurso 10046/2012).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 251/2014 de 18 marzo
(recurso 2524/2014).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 677/2018 de 20 de diciembre
(recurso 1388/2018).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 699/2018 de 8 enero de 2019
(recurso 213/2018).
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Civil y Penal) núm.
1150/2018, de 12 de julio (recurso 30/2018).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 434/2020 de 09 de septiembre
(recurso 10699/2019).
Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 164/2021 de 25 de febrero
(recurso 3989/2020).
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 211/2021 de 9 de marzo
(recurso 2095/2019).