

LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL DERECHO PENAL*

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ**

Resumen: Este artículo busca reflexionar sobre la naturaleza, fundamentos y problematización de la legítima defensa en el Derecho penal. Esta figura, caracterizada por su presencia constante a lo largo de la historia y su amplio consenso en torno a su conceptualización y fundamentos, ha sufrido, no obstante, una evolución que tiene que ver con la necesidad de ponderar el criterio individual (prevalencia de los intereses del agredido) con la defensa del orden jurídico, con el objeto de encontrar una fuente de legitimidad en esta figura no exenta de controversia. Con el ánimo de aclarar tal controversia se indagará sobre los requisitos que se exigen para que esta figura pueda justificar la realización de un hecho típico, y algunos de los problemas que esto puede ocasionar. Concretamente, sobre su extensión y el caso de la legítima defensa putativa (existencia *real* de la agresión y racionalidad de la defensa).

Palabras clave: Legítima defensa, agresión, legitimidad, bienes en juego, defensa putativa.

Abstract: This article discusses the nature, foundations and problematisation of the so-called legitimate defence in Criminal Law. This figure, which is very rooted in history as well as little confronted in terms of conceptualisation and arguments, has challenged, however, a certain evolution concerning the necessity to ponder the individual criteria (prevalence of the one attacked) over the overall legal discernment, aiming at adding some legitimacy to such controversial figure. Therefore, this article offers a discussion over the requisites that are demanded to justify a wrongdoing as well as points a number of problems for its identification, mostly focused on its extension and on the case of the putative self-defence (actual aggression and defence rationality).

Keywords: self-defence; aggression; legitimacy; goods at stake; putative defence

SUMARIO: I. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO; II. REQUISITOS; 1. Agresión Ilegítima; A. Agresión; B. Ilegitimidad; C. Actualidad de la agresión y su ausencia: El exceso extensivo; D. Bienes protegibles; 2. La Defensa y su necesidad racional; 3. Falta de provocación suficiente; A. Provocación suficiente; B. Efectos de la provocación en la responsabilidad; 4. Elemento subjetivo: La actuación “en defensa”; III. ERROR SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA: ERROR SOBRE LA EXTENSIÓN Y LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA.

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012.

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: fernando.molina@uam.es

I. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO

La legítima defensa es, con gran probabilidad, la eximente más universal y constante a lo largo de la historia¹, lo que no quiere decir que no haya sufrido una importante evolución, tanto en su fundamento como en su contenido, pasando de ser una circunstancia ligada a la venganza privada, de alcance limitado a la protección de ciertos bienes y modalidades de ataque, pero generosa en cuanto a las posibilidades de defensa, a una circunstancia fundamentada en la protección del orden jurídico y de los bienes personales frente a cualquier agresión injusta, pero con importantes restricciones ético-sociales. En España aparece por primera vez con un alcance general en el Código de 1848, y la última gran modificación que sufrió proviene de la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, en la que se suprimió la tradicional, pero muy criticada, distinción entre legítima defensa propia, de familiares y extraños, que a partir de entonces pasan a tener un tratamiento idéntico.

Se ha definido como la *defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta de bienes propios o de un tercero*². En nuestro derecho se encuentra regulada en el art. 20.4 CP, y su examen suele dar comienzo al estudio de las causas de justificación.

Aunque históricamente ha habido distintas propuestas, que se han movido entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, hoy no se discute ya la naturaleza jurídica de esta circunstancia, unánimemente encuadrada en las causas de justificación —de ahí su denominación, defensa ‘legítima’—³. En la teoría jurídica anglo-norteamericana la situación es similar: los autores que, al clasificar las eximentes, distinguen entre las que justifican y las que sólo excusan, asignan la *Self-Defence* (también denominada *Private Defence*) al ámbito de la justificación⁴.

¹ Sobre la evolución histórica, detalladamente: IGLESIAS RÍO, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Universidad de Burgos: Burgos, 1999; para un resumen de la evolución moderna en España: LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (2ª ed.), BdeF.: Montevideo, 2002, pp. 520 ss.

² Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, “Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa”, *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor Alfonso Otero*: Universidad de Santiago, 1981, 767 ss; p. 769.

³ Por todos, ampliamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 6 ss., 77 ss. Sin embargo, ahora, considerándola como categoría que opera previamente ya en el seno de la imputación objetiva, más concretamente como un caso de imputación del resultado a la propia víctima, PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier: Barcelona, 2006, pp. 333 ss. La tesis de Palermo sirve para poner una vez más de relieve la frontera difusa entre el juicio de imputación objetiva y el que se lleva a cabo al examinar las causas de justificación: el juicio de peligro que tiene lugar en la imputación objetiva no puede formularse, sin distorsiones valorativas, al margen de los posibles conflictos de intereses propios de las causas de justificación.

⁴ Amplias referencias en UNIACKE, *Permissible killing. The self-defence justification of homicide*, Cambridge University Press: Cambridge, 1994, pp. 9 ss.; SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, Hart Publishing: Portland, 2006, pp. 11 ss. y LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, Oxford University Press: Nueva Cork, 2006, pp. 43 ss.

También hay un amplio acuerdo acerca de su fundamento, que sería doble: *individual* –protección de los bienes jurídicos del agredido–; y *supraindividual* –protección del derecho frente a ataques injustos⁵. Precisamente este segundo aspecto permitiría explicar un rasgo específico de la legítima defensa, como es la posibilidad de que la acción defensiva se haga, si no hay otra alternativa y con ciertos límites, causando al agresor daños superiores a los que previsiblemente se derivarían de su acción.

Hay, sin embargo, propuestas minoritarias de corte monista que tratan de explicar la legítima defensa sólo desde una de las dos perspectivas mencionadas, y otras que introducen fundamentos adicionales para ofrecer una explicación más compleja.

El fundamento individual es el menos problemático. Superadas etapas históricas en las que se acentuaba el carácter personal de la defensa, ligado al instinto de conservación, hoy es doctrina pacífica la que sitúa en plano de igualdad la defensa de intereses propios y ajenos y atiende para la justificación a los datos objetivos de la situación de conflicto, examinados desde la perspectiva de la lesividad para bienes jurídicos. Como en toda acción justificada, la defensa legítima presenta las características de una *actio duplex*⁶, fruto de un conflicto de intereses en el que la preservación de ciertos bienes jurídicos, en este caso los de la víctima de la agresión, sólo puede hacerse a costa de lesionar o poner en peligro otros bienes protegidos, en este caso los del agresor. Cuando, de acuerdo al rasero valorativo del ordenamiento, prevalecen los intereses del agredido, la justificación no plantea problemas, ya que nos moveríamos en el marco del mal menor que caracteriza las situaciones típicas del estado de necesidad. Pero, cuando preponderan los bienes del agresor, se plantea el problema de cómo justificar una defensa que, al menos aparentemente, causa mayor perjuicio del que evita. Y aquí caben básicamente dos estrategias: degradar el valor de los bienes del agresor; o introducir, junto a los del agredido, nuevos intereses relevantes en el lado de la defensa. En ambos casos el efecto sería idéntico: una alteración de la ponderación inicial, ahora favorable a la defensa.

La teoría del doble fundamento sigue la segunda estrategia. Parte de la insuficiencia del criterio individual y lo complementa con otro de defensa del orden jurídico. La combinación de ambos factores desemboca en la justificación final de la conducta. Frente a ello, las teorías monistas-individuales siguen la primera estrategia, y concluyen que en el conflicto entre los intereses del agresor y los de la víctima preponderan estos últimos, en la medida en que el agresor desprotege los suyos con su propio acto evitable.

⁵ Pormenorizadamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 44 ss., también IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa (Consideración especial a las restricciones ético sociales)*, Comares: Granada, 1999, pp. 7 ss. Críticos con la teoría del doble fundamento, Carlos Santiago NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea: Buenos Aires, 1982, pp. 25 y ss., que aboga por una fundamentación más compleja, pp. 61 ss., PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 137 ss.

⁶ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*. JMB: Barcelona, 1994, p. 17.

Seguramente la polémica tiene algo de nominal, y ambas posiciones pueden acabar coincidiendo. Lo relevante es determinar qué razones materiales explican que el ordenamiento se incline, con muy escasas excepciones, por los bienes del agredido, y ello tiene que ver indudablemente con el hecho de que la preservación de estos bienes se hace a costa de un agresor ilegítimo. La clave está, entonces, en cómo se conciba la ilegitimidad, de manera que pueda justificarse que la defensa de los bienes de una persona —en este caso el agredido— se haga precisamente a costa de los bienes de otra —el agresor—. La tesis monista que degrada la protección de los bienes del agresor debido a su acto culpable adopta la misma perspectiva ética y jurídica que permite fundamentar la pena, que tiene unas necesidades de legitimación similares a los de la defensa necesaria, y en este sentido ofrece un fundamento material adecuado. Por su parte, la referencia genérica de las tesis dualistas a que el derecho no puede ceder frente al injusto, pese a su corrección formal, resulta, si no se desarrolla convenientemente, vacía de contenido⁷.

II. REQUISITOS

1. Agresión Ilegítima

Es el elemento central que permite distinguir la legítima defensa de otras causas de justificación de carácter defensivo o agresivo. La concesión al defensor de un marco de actuación más amplio que en cualquier otra circunstancia se fundamenta en la naturaleza ilegítima de la agresión frente a la que se reacciona. La ausencia de este requisito, tanto cuando nunca ha existido como cuando ya no es actual, da lugar a un *exceso extensivo*, que impide apreciar tanto legítima defensa completa como incompleta.

A. Agresión

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 legítima defensa⁸. 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. Es cierto que la mayor parte de los casos que llegan a los tribunales se corresponden con agresiones físicas a la

⁷ Así, NINO, *La legítima defensa...*, p. 26.

⁸ Como ha afirmado la jurisprudencia, “la agresión ilegítima se identifica con cualquier acto incisivo y amenazante cerniente sobre el sujeto y que tiende a poner en peligro o a lesionar el interés jurídicamente protegido de su vida, integridad física o bienes o derechos que le pertenecen o le son insitos” (STS 92/1998, de 29 de enero).

persona, pero ello no excluye la posibilidad de defensa también frente a otro tipo de comportamientos que no entrañan acometimiento, incluyendo omisiones. Se trata de proteger bienes jurídicos frente a comportamientos ilícitos, y la modalidad de comisión resulta en general intrascendente.

Habitualmente la agresión consiste en un comportamiento *activo*, que abarca tanto los casos de acción directa sobre el objeto material –los más frecuentes en la práctica–, como de apoyo a una acción directa o de interrupción de un curso causal salvador. Así, por ejemplo, cabría actuar en legítima defensa para impedir que un tercero nos impida acceder a un antídoto que podría evitar la muerte tras un envenenamiento casual.

Aunque en la práctica no sean muy frecuentes, nada impide admitir la posibilidad de una agresión *omisiva*⁹. Quien tiene el deber de realizar un acto que evitaría la lesión del bien jurídico y lo incumple, realiza una agresión ilegítima contra la que es posible reaccionar. En la mayor parte de los casos la reacción consistirá en realizar la acción que el omitente no hizo, y si ello entraña la lesión de bienes del omitente, estará justificado por legítima defensa. Así, por ejemplo, es lícito el derribo de la puerta y subsiguiente allanamiento de la morada de quien tiene a su cargo un niño pequeño que se encuentra en peligro inminente de muerte y al que no atiende ni permite que otros lo hagan¹⁰.

En otros casos, en la práctica más excepcionales, puede ser necesaria una *actuación sobre la propia persona del omitente*. Se trata de situaciones en las que sólo la contribución activa del omitente puede evitar la lesión, y por ello sería lícito forzarle a actuar mediante coacción física o psíquica. La omisión del único médico de guardia, garante de la seguridad de un enfermo, que por enemistad hacia éste se niega a realizar el tratamiento urgente debido puede considerarse una agresión omisiva frente a la que cabe una respuesta racional en legítima defensa, como puede ser una amenaza para forzarle a cumplir con su deber.

Se discute si cabe considerar agresión a efectos de la legítima defensa también a la que procede de la *omisión simple de un no garante*, como por ejemplo quien, en un accidente de tráfico que él no ha provocado, se niega a llevar al accidentado a un hospital pese a que sólo él entre los presentes sabe conducir. En contra de admitir aquí legítima defensa y a favor de remitir la solución del caso al estado de necesidad se ha argumentado que el omitente de socorro, a diferencia del garante, no responde de la lesión del bien jurídico, y además sería incongruente admitir una legítima defensa que permite graves intromisiones en los bienes del agresor cuando el propio derecho atribuya a su omisión una importancia relativa, como se desprende de la escasa pena que se le aplica¹¹.

⁹ Opinión marcadamente mayoritaria: LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 135 ss., con referencias adicionales; sólo para los deberes negativos, tanto de acción como de omisión, PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 273 ss.

¹⁰ Analiza un amplio catálogo de posibles agresiones omisivas, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 143 y ss.

¹¹ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (4ª ed.). C.H. Beck: München, 2006, §15, nm.13; en España, argumentando que la omisión pura no defiende bienes

El primer argumento no es correcto: también en los delitos de omisión simple se trata de evitar lesiones, como en los de comisión por omisión. La referencia a la solidaridad no debe ocultar que lo que verdaderamente importa es proteger los bienes personales del que está en peligro. La única diferencia entre ambos tipos de delitos es que el deber jurídico tiene en la omisión simple una menor intensidad, lo que es razonable en un sistema escalonado de obligaciones, acorde con la estructura de la omisión.

El segundo argumento, sin embargo, apunta a un dato correcto, aunque de difícil encaje en una legítima defensa en la que se excluye la proporcionalidad. Ciertamente, si el ordenamiento renuncia a una coacción legal severa para forzar el auxilio a quienes se encuentran en peligro grave, y tan sólo prevé en el art. 195 CP una pena de multa para el omitente, no parece muy congruente que permita en legítima defensa la coacción de los particulares de manera ilimitada. Pero si expresamente se afirma que la defensa no debe ser proporcional, sino tan sólo la racionalmente necesaria para combatir el hecho antijurídico restableciendo el derecho, y a la vez la omisión de socorro es un hecho ilícito, no se ve muy bien cómo hacer valer esta restricción sin contradecir el propio punto de partida.

Muy problemática es la calificación como agresión de los actos que para alguno de los sujetos de la defensa –agresor o defensor– son *aparentemente lesivos*, pero que en realidad son *inidóneos* para provocar una lesión. Se presentan aquí dos grupos de situaciones, según el error afecte al agresor o al defensor: por un lado los casos de *error del agresor*, que incurre en una tentativa inidónea (cuya inidoneidad puede a su vez ser o no percibida por el defensor); y por otro los casos de *error del defensor*, que cree real una agresión inexistente, y que tradicionalmente son examinados bajo la denominación de *legítima defensa putativa*.

Teóricamente, el requisito de la agresión es puramente objetivo, de manera que una acción inidónea no es una agresión, y las posibles erróneas representaciones del agresor o del defensor sobre este hecho deberían ser remitidas a su correspondiente categoría dogmática, verbigracia la teoría de la tentativa inidónea, cuando el error es del agresor, o la del error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación, cuando el error es del defensor. Pero la solución no es tan fácil, sobre todo cuando se trate de un error en el que hubiera incurrido también un hombre medio. Así, se plantea si, en consonancia con lo que se hace en otras categorías del delito como la imputación objetiva o incluso en otros elementos objetivos de la propia legítima defensa o de otras causas de justificación, no debería darse entrada a una valoración objetiva *ex ante* a la hora de apreciar si existe o no agresión ilegítima.

personales, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 143 y 529; también en contra, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, p. 272, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, p. 44. Se muestra, por el contrario, favorable a aceptar legítima defensa en estos casos, entre otros, DÍAZ-PALOS, *La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)*, Bosch: Barcelona, 1971; 15-40, p. 109.

B. Ilegitimidad

La ilegitimidad de la agresión es el *elemento diferencial* de la legítima defensa respecto del estado de necesidad defensivo, y su delimitación es objeto de viva polémica¹². Se pueden reducir a tres las posiciones básicas que se han defendido:

- La posición más *extensiva*, que interpreta el término ilegítima de forma puramente objetiva, ligada al desvalor de resultado, y que abarcaría cualquier agresión, venga de donde venga, que *no se tenga el deber jurídico de soportar*. Además de las agresiones típicas y no justificadas, abarcaría también acciones atípicas, que no superan el riesgo permitido, pero lesivas, o incluso ‘agresiones’ en ausencia de acción, como las que provienen de movimientos reflejos o realizadas en estado de sonambulismo, y, en último extremo hasta agresiones procedentes de animales o acontecimientos naturales;
- La posición *intermedia*, que identifica agresión ilegítima con agresión antijurídica, en el sentido que se da a este término en la teoría general del delito, aunque abarcando también conductas antijurídicas no penalmente típicas;
- Por último, la posición más *restrictiva*, que requiere que la agresión se realice también de manera culpable.

1) La primera resulta formalmente incompatible con la letra de la ley, y materialmente injustificada. Hace tabla rasa y equipara a efectos de defensa situaciones de partida con un desvalor muy disímil. Responder igual a quien de manera completamente invencible amenaza con causar a otro un daño debido a un tic reflejo que a quien lo hace dolosamente, y en condiciones de imputabilidad plena, entraña una seria distorsión valorativa. En último extremo esta teoría lo que hace es incorporar a la legítima defensa los casos que normalmente se examinan en el estado de necesidad defensivo.

2) Este mismo argumento, aunque en una variante atenuada, puede esgrimirse contra la posición intermedia, que es la mayoritariamente aceptada en la doctrina y los tribunales. A diferencia de lo que es regla inmutable en la responsabilidad penal, que ha hecho del principio de culpabilidad un pilar de su sistema de valores, esta solución desatiende las diferencias, y trata igual al agresor culpable que al inculpable. Y así como el primero es responsable de su agresión, lo que justifica materialmente que el derecho se incline por los bienes del agredido, cuya lesión hubiera podido impedir el agresor simplemente absteniéndose de su acto, el segundo, debido a sus circunstancias, actúa de manera no reprochable, por lo que ni hay necesidad acuciante de hacer prevalecer el derecho, que el agresor no ha puesto en cuestión, ni con su propia acción voluntaria se ha hecho merecedor del reparto de costes característico de la legítima defensa. En realidad esta objeción es aceptada, tácita y no pocas

¹² Pormenorizadamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 46 ss.

veces expresamente, por los seguidores de la concepción mayoritaria cuando introducen una importante *restricción ético-social* a la defensa en caso de ataques de inimputables¹³, lo que finalmente acaba aproximando esta concepción a la última.

3) La tercera posición, todavía minoritaria en la tradición germánica¹⁴, pero seguramente en ascenso¹⁵, estima que la legítima defensa debería reservarse para las agresiones culpables, ya que sólo en este caso opera el fundamento específico de la legítima defensa, la necesidad de afirmar el derecho, y por otro lado sólo aquí el agresor, con su propio acto responsable, autoriza la desprotección de sus propios bienes en la medida necesaria para defender los del agredido.

En lo sustancial debe estimarse esta tesis como correcta, por ser plenamente acorde al principio de culpabilidad propio de un estado que hace de la dignidad eje de sus derechos fundamentales. Respecto de la segunda opción, las diferencias son menores en el resultado final, pero importantes en lo simbólico. La cuestión se limita a determinar si denominamos legítima defensa a la que opera contra cualquier agresión antijurídica, pero luego restringimos su extensión cuando el ataque procede de un inimputable, o directamente reservamos el término para las agresiones culpables y damos entrada a un estado de necesidad defensivo para acciones antijurídicas no culpables. Los resultados finales se aproximan casi por completo, pero es preferible la segunda porque pone la barrera categorial entre legítima defensa y estado de necesidad allí donde se produce el salto cualitativo en un derecho penal moderno: en la presencia o ausencia de culpabilidad. Quizás su único inconveniente es que atribuye a la legítima defensa una extensión menor que la que le da el lenguaje ordinario, que suele considerar también incluida en la figura la defensa frente a agresiones de personas inculpables¹⁶.

Con estos presupuestos, conviene pormenorizar el alcance de la ilegitimidad:

No son agresiones ilegítimas (ni siquiera agresiones, en una interpretación estricta del término) las que proceden de *animales*, salvo cuando son azuzados por sus dueños, o personas en situación de *ausencia de acción* (plena inconsciencia, movimientos reflejos o fuerza irresistible), ni en general los *peligros provenientes de cosas*. Sólo es ilegítimo el ataque infractor de normas, y en ninguno de estos casos hay un sujeto destinatario de una

¹³ Concepción absolutamente dominante; por todos, ROXIN, “Las ‘restricciones ético-sociales’ al derecho de legítima defensa”, *CPC*, 17, 1982, 297-324; *AT*, §15, nm 61 ss.

¹⁴ Detalladamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 201 ss., 306 ss., que comparte esta opinión, aunque sólo *de lege ferenda*, p. 309. También, PALERMO, *La legítima defensa...*, pp. 289 ss. En el mundo anglo-norteamericano ha defendido con especial énfasis esta tesis, SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 44 ss, y esp. 90 ss, que además considera que es la dominante en dicha tradición (p. 44 y nota 199).

¹⁵ Así lo cree ROXIN, *AT*, §15, nm. 17 ss.

¹⁶ Así, expresamente, SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, p. 91, aunque su propuesta de admitir en estos casos una *Private Defence* exculpante (en curioso paralelismo con lo que ha hecho la teoría de la diferenciación en el estado de necesidad en la dogmática continental) resulta poco adecuada. Más correcto es entender que también esta defensa es lícita (justificante), pero encuadrable dentro de los límites más restrictivos del estado de necesidad defensivo.

norma. La defensa frente a estos peligros se remite mayoritariamente al estado de necesidad defensivo o agresivo¹⁷.

El planteamiento es correcto, pero cuando se combina, como es habitual en la posición mayoritaria, con un concepto de agresión ilegítima que abarca también el comportamiento del inimputable o en general inculpable, se enfrenta a la objeción de que se estaría tratando de peor manera al inimputable agresor que al animal agresor, al permitir frente aquél legítima defensa y frente a éste solo estado de necesidad, pese a que ambas agresiones son por igual fruto de estados naturales impuestos y no voluntariamente elegidos. El argumento tiene indudable peso¹⁸, y brinda un apoyo más a favor de restringir el derecho de defensa a las agresiones culpables. La otra alternativa, extender la legítima defensa a los ataques de animales, no resulta satisfactoria porque, como vimos, no es conciliable con la exigencia de ilegitimidad, y hace desaparecer el elemento diferencial de la legítima defensa.

Tampoco es invocable la legítima defensa contra actividades peligrosas que se mantengan dentro del cuidado exigible en el tráfico (*riesgo permitido*).

Aunque es lo más frecuente, no es imprescindible que la agresión sea *típica*, salvo en el caso de la defensa de los bienes materiales, por expresa disposición legal del art. 20.4 CP (*infra*).

Tampoco la tipicidad es un requisito suficiente para autorizar la defensa. Cabe defenderse legítimamente frente a agresiones ilícitas aunque no constituyan delito o falta, y a la vez hay agresiones delictivas, como la tentativa inidónea, que no autorizan la defensa. Un sector doctrinal estima que sólo cabe defensa legítima frente a agresiones típicas¹⁹, pero esta restricción no es compatible con la letra de la ley –vaciaría de contenido la mención expresa a la agresión típica en la defensa de los bienes–, y ni siquiera parece aconsejable proponerla *de lege ferenda*. La legítima defensa debe servir a la protección general de bienes jurídicos frente a agresiones contrarias a derecho, y es en el marco de la racionalidad de la defensa donde se debe matizar el tipo de respuesta según el ataque sea grave –caso de los ataques delictivos– o no tan grave.

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 conclusión.

Problemáticos son los casos en los que una acción está justificada sobre la base de una valoración *ex ante*, pero es lesiva de derechos. El supuesto paradigmático es la detención de una persona inocente, pero justificada por la presencia de pruebas indiciarias inculpatórias.

¹⁷ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 124 ss., 289 ss., con referencias adicionales a favor y en contra.

¹⁸ Un análisis detallado del mismo, rechazándolo, en LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 300 ss.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 479 ss.

Hay un acuerdo general en que en estos casos no cabe invocar legítima defensa para resistirse a la detención, y sólo excepcionalmente, y siempre dentro de la proporcionalidad, podría invocarse un estado de necesidad (por ejemplo, el falso culpable condenado a muerte que se resiste a su ejecución causando lesiones a los funcionarios de prisiones y que consigue huir, demostrándose posteriormente su inocencia, no podría alegar legítima defensa, pero sí estado de necesidad, si su actuación se ajusta a lo previsto en el art. 20.5 CP).

Frente a acciones *no culpables*, debido a inimputabilidad, error o inexigibilidad (si se admite su ubicación en la culpabilidad), la defensa debe limitarse. Ello puede denominarse todavía legítima defensa ético-socialmente restringida –siguiendo el criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia–, pero sería más correcto encuadrarla en el estado de necesidad defensivo, y reservar la legítima defensa sólo para las agresiones culpables.

Con mucha frecuencia se invoca legítima defensa en situaciones de *riña mutuamente aceptada*, pero la jurisprudencia ha mantenido de manera constante, y tan sólo con algunas matizaciones, que en estos casos no cabe apreciar la eximente. La razón de ser de esta restricción es correcta: quienes acuerdan voluntariamente participar en una riña se convierten en agresores respecto de su propio hecho, y en corresponsables del hecho de su contendiente. Pero la fundamentación material que se da a esta excepción no siempre acierta.

Así, se ha dicho que falta la agresión ilegítima, la necesidad de defensa o el elemento subjetivo, pero estas afirmaciones deben matizarse. Es cierto que la presencia de un consentimiento válido afecta a la valoración del hecho, pero la agresión no deja de ser por ello ilícita, como muestra el hecho de que el consentimiento en las lesiones o en la muerte no excluye la ilicitud de la acción, aunque atenúe su gravedad. La agresión en riña es, por ello, antijurídica. Tampoco es verdad que no haga falta defenderse en el momento en que se recibe la agresión. Ciertamente, si el sujeto no hubiera consentido en la riña no habría agresión, pero ello no quiere decir que, después, al ser agredido no sea necesario defenderse. Por último, tampoco es correcto negar aquí el ánimo de defensa, aunque conviva con el de agresión. La jurisprudencia ha aceptado reiteradamente que el ánimo de defensa puede convivir con otros, como el *animus necandi –infra*, elementos subjetivos.

La razón que está detrás de la restricción es más bien la misma que fundamenta el requisito de falta de provocación suficiente (*infra*): el contendiente es corresponsable de la agresión y no puede invocar su propia acción antijurídica para justificarse. La única diferencia con el caso allí examinado es que, en la riña mutuamente aceptada, la responsabilidad del ‘defensor’ en la agresión que recibe es de tal entidad que no merece ni siquiera la apreciación de una eximente incompleta. Con su aceptación de la riña es coautor de la situación agresiva más que mero provocador.

Sólo excepcionalmente, cuando en el transcurso de la riña tenga lugar una *variación relevante de sus circunstancias iniciales*, de manera que alguno de los contendientes se encuentre con factores nuevos que no controlaba y que no había consentido, puede admitirse la defensa, al menos como eximente incompleta. Éste podría ser el caso si, por ejemplo,

dos personas acuerdan resolver una discusión a puñetazos y de manera inopinada uno de los dos saca una pistola. Así lo ha entendido también la jurisprudencia en sentencias que muestran continuidad a lo largo del tiempo²⁰.

C. Actualidad de la agresión y su ausencia: el exceso extensivo

No basta con que haya habido en algún momento del pasado o vaya a haber en cualquier momento del futuro una agresión, sino que ésta tiene que ser *actual*. Si no lo es, la defensa no será legítima por concurrir un *exceso extensivo*.

El exceso extensivo, también llamado en ocasiones exceso impropio, no permite apreciar ni la eximente completa ni la incompleta²¹.

A diferencia de otros, nuestro código no menciona expresamente el requisito de la actualidad, que se deduce sin embargo de la referencia conjunta a la agresión y la defensa²².

La determinación de los momentos inicial y final que delimitan la actualidad es uno de los puntos más conflictivos de la legítima defensa, y especialmente el primero, debido a que la ejecución de una agresión puede desarrollarse en una progresión lineal en la que no es fácil fijar etapas que respondan a saltos cualitativos. La terminación, por el contrario, suele estar más definida en el tiempo, así que los casos dudosos son menos.

La problemática que plantea el *comienzo de la agresión*, y particularmente la cuestión debatida de si es necesaria la *inminencia*²³, es similar a la de la fijación del comienzo de la tentativa, pero las soluciones en uno y otro caso deben ser distintas²⁴. En el *iter criminis* se trata de imponer una pena, y aquí nada impide esperar a que la lesión sea inminente para intervenir, dando margen al autor para que desista, y además la sociedad puede asu-

²⁰ La exclusión de los casos de riña “no exonera a los jueces del deber de averiguar las circunstancias acaecidas en esa riña, con toda su amplitud y significación, por ejemplo si en el curso de la reyerta sobreviene un cambio notable en su desarrollo, o bien surge un ataque irracional y desproporcionado por parte de alguno de los contendientes que obligue a replantear el valor y la significación de los acometimientos” (STS 3-4-1996); “es posible que la riña se iniciara precisamente por una agresión ilegítima, o que incluso en un momento determinado de su desarrollo, el empleo de medios agresivos desproporcionados, valorables como un inesperado salto cualitativo, pudieran dar lugar a otras consideraciones sobre el particular” (STS 1131/2006, de 20 de noviembre); también STS 1253/2005, de 26 de octubre; STS 1180/2009, de 18 de noviembre, entre otras.

²¹ Jurisprudencia constante; por todas, STS 972/2001, de 28 de mayo; STS 1270/2009, de 16 de diciembre.

²² Por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, p. 541. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de forma constante: por ejemplo, STS 92/1998, de 29 de enero; STS 1412/1999, de 6 de octubre; STS 1270/2009, de 16 de diciembre).

²³ Muy detalladamente, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 141 ss. Para la doctrina anglo-norteamericana, LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, pp. 87 ss.; SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 150 ss.

²⁴ Referencias al debate doctrinal en BALDÓ, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, pp. 284 ss.

mir riesgos que no son exigibles a los particulares y cuenta con medios con que éstos no cuentan. En la defensa necesaria, por el contrario, el límite no debe ser otro que el de la *eficacia defensiva* de la acción, siempre que se mantenga dentro de la racionalidad. Una agresión es actual desde el momento en que empieza a desarrollarse el proceso que desembocaría, en su caso, en lesión. Pero sólo puede intervenir legítimamente cuando, por un lado, la actuación pública planificada sea ineficaz, y, por otro, cualquier demora en la respuesta entrañe un aumento del riesgo de lesión relevante. Ello normalmente se da sólo en las agresiones inminentes, pero excepcionalmente puede haber casos en los que sea lícito anticipar la respuesta porque la demora implique un alto riesgo de que la defensa sea entonces ineficaz. Nada impide tomar en consideración todo el proceso de amenaza de un bien jurídico como agresión²⁵, si a la vez se limita el grado de intromisión en los derechos del agresor por medio del requisito de la necesidad racional en abstracto y en concreto de la defensa. En este sentido, parece adecuado remitir el debate sobre la inminencia al requisito legal de la racionalidad de la defensa, en lugar de considerarlo como un elemento necesario para que la defensa sea actual²⁶.

Un caso de aparente adelanto de la defensa, pero que en realidad no lo es, se plantea en la utilización de dispositivos, mecanismos o instrumentos preventivos automáticos para proteger la propiedad u otros bienes jurídicos, los denominados *offendicula*²⁷, como las vallas electrificadas, los animales de guardia, etc. Aunque tales instrumentos se disponen antes de que exista una agresión actual, sólo operan en un momento posterior, cuando ya está presente el ataque, así que, desde esta perspectiva, no plantean problemas²⁸.

Ahora bien, su legitimidad depende de que se cumplan el resto de requisitos de la legítima defensa, en particular la necesidad de la defensa²⁹, y aquí plantean un problema evidente: al no estar presente el defensor en el momento decisivo, no hay una instancia de control personal que pueda, primero, discriminar al agresor del que no lo es, y, segundo, en caso de que efectivamente haya una agresión, aquilatar la respuesta, y minimizar el daño según sea la intensidad del ataque y la culpabilidad del agresor³⁰. La respuesta será idéntica

²⁵ La jurisprudencia suele afrontar esta cuestión partiendo de la premisa de que la agresión “debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico, sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente” (STS 1406/2007, de 18 de julio, entre otras muchas).

²⁶ Referencias a esta posición en la teoría anglo-norteamericana en SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 157 ss.

²⁷ Sobre los *offendicula* y su tratamiento en los diferentes países de nuestro entorno, muy detalladamente, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 210 ss.

²⁸ Así, ROXIN, *AT*⁴, §15, nm 29.

²⁹ Así, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 235 ss.

³⁰ En consonancia con el papel central que atribuye a la culpabilidad en la *Private Defence*, destaca Sangero este aspecto problemático de los *offendicula* (SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, p. 164).

para el agresor que para el agente de la autoridad, para el que ocasiona un riesgo gravísimo que requiere medidas a su vez graves que para el que sólo ocasiona un riesgo menor, para el ladrón doloso que para el merodeador ebrio o el niño que penetran en la zona protegida. Por ello, estos instrumentos, especialmente cuando puedan tener efectos letales o graves, deben someterse a las limitaciones administrativas que se dispongan precisamente para evitar sus efectos indeseables, como las que definen el tipo de instrumentos utilizables, la información que debe suministrarse sobre su presencia y el riesgo que entrañan, etc. Y si no hubiera tal reglamentación, deben ajustarse a las reglas de cuidado y prudencia que las mantiene dentro del riesgo permitido. En ambos casos se trata de evaluar si dichos instrumentos superan el filtro de racionalidad exigible en la legítima defensa, cuando efectivamente operen contra un agresor ilegítimo, y de proporcionalidad exigible en el estado de necesidad (en una valoración *ex ante*), cuando el afectado sea un tercero no agresor.

Una forma práctica de evaluar su legitimidad, habida cuenta de su nula o escasa capacidad de discriminación en el momento decisivo, puede ser someter su aprobación a un doble test: 1. Justificación de la anticipación: dadas las circunstancias concurrentes –bienes protegidos, probabilidad de ataque, medios alternativos de respuesta–, ¿es razonable anticipar la protección mediante *offendicula*, o cabe esperar y adoptar otras medidas eficientes de defensa en el momento de la agresión? 2. Prevención de daños a inocentes y racionalidad: en una valoración *ex ante*, ¿está suficientemente garantizado que la acción recaerá sobre agresores injustos y no sobre terceros, y que en el caso de los primeros lo hará causando el menor daño posible?³¹ Muchos *offendicula*, especialmente los activos³², difícilmente pasarán esta doble prueba, pero si lo hacen, su justificación no ofrece especiales problemas.

La agresión finaliza cuando desaparece el peligro de lesión. En circunstancias normales, este momento es razonablemente preciso, aunque ello no excluye que el defensor pueda errar sobre él, cuestión que debe analizarse al hilo de la defensa putativa (*infra*). La agresión terminará cuando el bien ya haya sido definitivamente lesionado; cuando el peligro o peligros concurrentes se hayan agotado; cuando se haya producido el desistimiento del agresor; o bien cuando la defensa haya surtido su efecto³³.

Los casos más problemáticos se dan cuando una fase de la acción agresiva ha concluido y es dudoso si el agresor emprenderá una nueva. Aquí habrá que estar a lo que razonablemente pueda esperarse en el contexto concreto de la agresión y el agresor. La valoración

³¹ En relación con este último requisito, la doctrina de Estados Unidos utiliza el test de verificar si la respuesta automática es, en el caso concreto, similar a la que daría el sujeto defensor si estuviera presente (referencias en SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, p. 165). El problema de esta prueba es que la justificación depende finalmente del azar (el que usa los *offendicula* actuaría a propio riesgo), como ha destacado críticamente el propio Sangero. Más correcto es proceder a una valoración *ex ante* del hecho en los términos propuestos en el texto.

³² Sobre la distinción y diferente legalidad de los *offendicula* activos y los pasivos, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 229 ss. y 240 ss.

³³ BALDÓ, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, p. 289.

debe hacerse *ex ante*, poniéndose en el lugar del defensor en el momento de responder a la agresión³⁴.

D. Bienes protegibles

La referencia legal a obrar en defensa de la ‘*persona o derechos propios o ajenos*’ se ha interpretado de manera constante en el sentido de que la legítima defensa sólo sería invocable para defender bienes jurídicos *personales*, mientras que los *supraindividuales*, o el propio ordenamiento jurídico, sólo podrían defenderse dentro del marco más estrecho del estado de necesidad³⁵. Las razones materiales que se encuentran tras esta restricción legal tienen indudable peso: la legítima defensa opera de manera subsidiaria, cuando el sistema público y formalizado de solución de conflictos no pueda ofrecer una respuesta adecuada a la protección de bienes jurídicos por la inminencia de la agresión y la irrevocabilidad del mal amenazado. Por su propia naturaleza, estas circunstancias no se dan en los bienes *supraindividuales*, cuya defensa debe quedar reservada a los órganos públicos.

Todos los *bienes personales*, como la vida, la integridad y salud, la libertad en cualquiera de sus manifestaciones, la intimidad, el honor³⁶, los derechos familiares, patrimoniales y cívicos, etc. pueden ser defendidos legítimamente³⁷.

También pueden ser objeto de defensa los bienes personales de los que sea titular una *persona jurídica*—el patrimonio de una sociedad, por ejemplo—o incluso el *Estado*, aunque en este último caso sólo aquéllos que tengan el mismo carácter que los derechos de otras personas jurídicas³⁸.

La referencia legal a la defensa de la *persona* o sus derechos supone un obstáculo para admitir la defensa de la *vida en formación*. Pese a tratarse de un bien constitucionalmente protegido, del que es titular el concebido, sólo forzando la letra de la ley se podría consi-

³⁴ Así la jurisprudencia; por todas, STS 679/1999, de 5 de mayo.

³⁵ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 495 ss., 539 ss.

³⁶ El TS ha admitido como posible la defensa del honor, pero con muchas restricciones. Buen ejemplo de ello es el Auto TS 1406/2007, de 18 de julio: “aunque esta Sala en algunas ocasiones ha estimado legítima defensa frente a los ataques indebidos al honor, ello habría requerido que de los insultos se desprendiera una amenaza velada que hiciera prever la alta probabilidad de una subsiguiente agresión física de la que se defiende el sujeto y, por ende, una situación de riesgo para la integridad física de la persona que legitime así su violenta reacción, lo que tampoco acontece en el presente caso”. Esta resolución apunta a una protección sólo mediata del honor, en cuanto suponga amenaza de otros males. Sin embargo, si la respuesta es racional (y aquí estará normalmente el problema) nada impide defender también el honor en sí. Sobre la defensa del honor y su evolución en la jurisprudencia, CASTIÑEIRA PALOU, “Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa”, *ADPCP*, 1987, pp. 857 ss.

³⁷ Pormenorizadamente, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 399 ss., 537.

³⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Bosch: Barcelona, 1976, p. 267; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (9ª ed.) Reppertor: Barcelona, 2011, p. 447 nm. 61.

derar a éste como persona. Cuando la agresión afecte también a la madre, podrá obtenerse una defensa mediata del feto, pero esto no siempre es así, como sucede cuando la acción agresiva de un tercero recae sólo sobre el feto o cuando es la propia embarazada la que consiente en un aborto ilegal, contra el que debería caber legítima defensa³⁹. La solución pasaría por la reforma del 20.4, o por aplicar el estado de necesidad defensivo en términos amplios, análogos a la legítima defensa, habida cuenta de que el peligro proviene de una agresión ilegítima.

Menos problemas plantea la defensa legítima de la *salud e integridad del feto* cuando sus efectos haya de padecerlos también la persona nacida (si sólo afecta al feto, el problema es idéntico al del apartado anterior). Si se admite, como parece razonable, la defensa de bienes de personas o generaciones futuras, en estos casos la agresión recaería finalmente sobre una persona, aunque sólo puede evitarse actuando antes de su nacimiento. Éste es un buen ejemplo de que actualidad de la agresión no es equivalente a inminencia⁴⁰.

La referencia legal a la persona excluye también la posibilidad de defensa legítima de los *animales* frente a actos de crueldad contra ellos. Deberá acudirse en estos casos al estado de necesidad.

El Código contiene previsiones especiales para el caso de defensa de la morada y los bienes. En la defensa de la *morada o sus dependencias*, “se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas” (art. 20.4, primero, inciso final CP).

La expresión legal ‘se reputará’, que aparece tanto en la defensa de la morada como de los bienes, admite dos interpretaciones, extensiva una y restrictiva otra, según se entienda que son presunciones que evitan la carga de la prueba pero que no excluyen otros casos, o supuestos tasados, fuera de los cuales no cabe legítima defensa. Aunque probablemente su inclusión en el código penal tuviera una finalidad extensiva, la interpretación que mejor se adecúa a la actual configuración de la legítima defensa es la restrictiva. En este sentido, en la defensa de la morada sólo es agresión ilegítima la entrada indebida, pero no la permanencia, y esta limitación responde a varios argumentos: por un lado, la entrada indebida tienen un efecto sobre la intimidad muy superior a la permanencia⁴¹ y además, en la mayor parte de los casos, es una acción instrumental para cometer otras acciones delictivas contra la vida, la salud o integridad, la libertad sexual o el patrimonio, mientras que la permanencia indebida suele responder a otro tipo de situaciones (y si no fuera así, y hubiera peligro de agresiones a estos otros bienes, nada impediría su defensa, porque la restricción afecta sólo a la intimidad); en segundo lugar, el ejercicio del derecho de exclusión, que resulta eviden-

³⁹ Así, ROXIN, *AT*⁴, §15, nm 33.

⁴⁰ Contra lo que pudiera parecer, este mismo argumento no puede utilizarse para cubrir la laguna apuntada en el apartado anterior, porque el aborto impide el nacimiento de la persona titular del derecho: no se pone en marcha un proceso que terminará en daño a una persona, sino que se impide que ésta llegue a constituirse. Reconocer la diferencia de ambas situaciones es fundamental para entender por qué puede ser en ciertos casos lícito el aborto y no las lesiones al feto.

⁴¹ Así, también LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, p. 456.

te frente a una entrada indebida, no siempre lo es en la permanencia, como muestran los casos polémicos de personas que viven en casa ajena y son requeridos a dejarla de forma inmediata, lo que aconseja no conceder un amplio derecho de defensa y remitir estos casos a la actuación de los poderes públicos o al más limitado recurso del estado de necesidad; por último, y aunque este argumento sólo tenga una importancia menor, la admisión de la legítima defensa frente a la permanencia indebida podría propiciar su invocación falsa para encubrir otros delitos cometidos por el morador contra el falso allanador, y por las características del hecho, sin testigos y cometido en la propia morada del delincuente, no siempre sería fácil demostrar el engaño.

La concepción moderna de la legítima defensa se orienta hacia una restricción del derecho de defensa de los bienes materiales. Ello tiene lugar en nuestro derecho por tres cauces: la previsión legal del art. 20.4 primero CP; la admisión generalizada de una restricción ético-social para los casos de grave desproporcionalidad de la defensa; y las previsión del art. 2.2 del Convenio Europeo de Derecho humanos sobre la causación legítima de la muerte.

a) El Código penal español contiene una *disposición especial* conforme a la cual, en la “defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes” (art. 20.4, primero, inciso segundo CP). La conveniencia de adoptar una interpretación restrictiva del “se reputará” es en este caso todavía más clara que en el caso de la morada. Por la naturaleza del objeto sobre el que recae la agresión, sólo los ataques delictivos e inminentes (no solamente actuales), justifican una legítima defensa. Quizás la única excepción sean los bienes que constituyan *prótesis médicas*, que merecen una protección especial ya que su valor no es meramente patrimonial, sino de salud personal.

b) Doctrina y jurisprudencia apoyan mayoritariamente la aplicación de una *restricción ético-social* en la defensa de los bienes en caso de *grave desproporción* entre el mal amenazado y el que se causaría con la defensa⁴². En un estado social parece lógico exigir dicha restricción. Es cierto que el Derecho va a ceder puntualmente frente al injusto, pero sólo para preservar intereses que el propio ordenamiento valora muy especialmente, aunque su titular sea el agresor.

c) El art. 2 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales* (CEDH), de 1950, ratificado por España el 10/10/1979, tras disponer que “nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente...”, establece en su apartado 2 que “la muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima”. De este texto se ha deducido que

⁴² Por todos, en la jurisprudencia, STS 544/2007, de 21 de junio; en la doctrina, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 320 ss; en contra, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 562 y ss., que estima suficiente con interpretar restrictivamente el concepto de agresión ilegítima.

no cabría nunca provocar una muerte intencional en defensa de los bienes, sino tan sólo de la persona⁴³.

Se ha discutido vivamente si el Convenio obliga sólo a los estados y sus órganos o también a los particulares⁴⁴. Tanto el sentido general del Convenio, dirigido a la salvaguarda de los derechos fundamentales, como la referencia concreta a la legítima defensa parecen apuntar a una validez general. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español, que, a partir de la STS 20-12-1986 (RJ 1986/7972), ha invocado reiteradamente el convenio como límite en la defensa de los bienes.

2. La Defensa y su necesidad racional

La defensa, en el marco del art. 20.4, sólo puede hacerse *a costa de los bienes del agresor*. Es el agresor quien se hace acreedor a una desprotección parcial de sus bienes, no los terceros ajenos al hecho. Por ello, si la defensa afecta a intereses de terceros, deberá ajustarse al marco genérico del estado de necesidad.

Una defensa que, aisladamente considerada, sería razonable frente al agresor ilegítimo, puede resultar ilícita si crea un riesgo desproporcionado para terceros inocentes.

La legítima defensa abarca tanto la propia defensa como la de terceros (*auxilio necesario*). A diferencia de nuestro derecho histórico, la regulación es hoy uniforme para ambas situaciones.

Se ha discutido si *las Fuerzas y Cuerpos de seguridad* pueden actuar en legítima defensa, o es necesario reconducir su actividad al marco del cumplimiento de un deber. La respuesta a esta pregunta en el marco de un sistema de causas de justificación integral basado en la especialidad es clara: las normas que fijan el modo de proceder correcto de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad frente a agresiones ilegítimas a su persona o a terceros son normas especiales que concretan la legítima defensa para este colectivo. Por ello, la respuesta es: pueden actuar en legítima defensa, pero siempre dentro de lo marcado por sus reglas especiales, invocables a través de la circunstancia de cumplimiento de un deber, que concretan esta causa de justificación y producen un efecto oclusivo que impide acudir a la legítima defensa (o, más correctamente, interpretarla para este tipo de actuaciones de manera distinta a como dispone la normativa especial).

Racionalidad de la defensa. En un sistema jurídico en el que el agresor no pierde por completo sus derechos, sólo es racional la defensa necesaria para repeler la agresión. La racionalidad afecta a la elección de medios y a su uso. Debe emplearse siempre el medio

⁴³ Detalladamente, sobre la interpretación del Convenio y la práctica jurisprudencial, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 385 ss.; LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, pp. 177 ss.

⁴⁴ Pormenores de la polémica en IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales...*, pp. 391 ss.

menos lesivo y en la forma que menos perjuicios cause, de entre los disponibles que ofrezcan una protección suficiente⁴⁵. Es en este lugar en el que debe evaluarse cuánto puede adelantarse el momento de la defensa respecto del momento en el que previsiblemente se producirá la lesión. Normalmente sólo las agresiones *inminentes* hacen necesaria la defensa, porque no caben otros medios alternativos como acudir a las instancias públicas de mantenimiento del orden, pero, como ya se apuntó, ello no excluye que en ciertos contextos sea lícita una defensa frente a una agresión que no es inminente. El propio código ofrece un argumento a favor de no considerar la inminencia como un requisito siempre necesario, y es el hecho de que se haga mención expresa a ella sólo en el caso de los bienes (art. 20.4 primero), lo que, a contrario, permite deducir que no es imprescindible en otros casos.

La doctrina insiste en que racionalidad no equivale a *proporcionalidad*, pero la jurisprudencia, de manera reiterada, vincula ambas categorías. Si el término proporcionalidad se entiende en un sentido amplio, como lo hace la jurisprudencia (“en sentido racional, no matemático”, como dice la TS 544/2007, de 21 de junio) la defensa debe ser proporcionada, aunque los medios puedan no serlo. Muy clara en este sentido es la TS 937/2007, de 19 de noviembre:

“la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, 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, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos

⁴⁵ “El criterio decisivo para resolver estos problemas es el de que, para defenderse legítimamente, ha de utilizarse aquel de los medios de que se disponga que, al tiempo que sea eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el que menos daño puede causar al agresor”, (STS 1053/2002, de 5 de junio).

La doctrina jurisprudencial sobre el requisito de la racionalidad se resume en la STS 1270/2009, de 16 de diciembre: “la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha establecido determinados criterios interpretativos, tales como que la proporcionalidad ha de valorarse en sentido racional, no matemático, “que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo” (STS 16-12-91 (RJ 1991, 9353), “en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva, en la que los contendientes se encuentran” (STS 7-10-88 (RJ 1988, 7711)), teniendo en cuenta “las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana” (STS 6-6-89 (RJ 1989, 5038)), de modo que “esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado” (STS 1630/94, de 24 de septiembre (RJ 1994, 7183)), “de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno” (STS 444/2004, de 1 de abril (RJ 2004, 2494)). “Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del caso” (STS 962/2005, de 22 de julio (RJ 2005, 7481)).

o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado desde una perspectiva *ex ante*⁴⁶.

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 defensa⁴⁶. 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)⁴⁷. En estos casos sí sería exigible la huida. Esta restricción sería innecesaria si, siguiendo la tesis minoritaria ya examinada, se restringe la ilegitimidad de la agresión a los ataques de personas culpables.

Si el elemento de la agresión tiene un carácter marcadamente objetivo, la referencia legal a la necesidad racional se orienta hacia un *juicio de pronóstico* sobre el posible efecto de las diversas estrategias defensivas disponibles, que plantea distintos problemas que tienen que ver con el momento en que ha de realizarse, los conocimientos que deben tenerse en cuenta, y el modo de llevarlo a cabo, en particular cómo se ha de valorar la situación de conflicto, con especial atención a los casos en que hay varias acciones alternativas posibles.

a) En cuanto al *momento* del juicio, hoy apenas es discutido: sólo tiene sentido la evaluación *ex ante*; la defensa debe ser razonable en el momento en que se lleva a cabo la acción defensiva. En este sentido, la jurisprudencia es constante.

b) Más problemático es determinar qué *conocimientos* deben ser tomados en consideración para el juicio. Las opciones se reducen prácticamente a dos. Partir de los conocimientos del propio sujeto defensor, o apelar a los conocimientos de un hombre medio razonable puesto en la situación del autor. La tendencia mayoritaria en la doctrina en casos similares a éste –juicios de peligrosidad *ex ante*– es favorable a la segunda opción, como también lo es en este caso.

c) Por último, a la hora de valorar la situación de conflicto, el juicio debe basarse en criterios objetivos, pero teniendo en cuenta la particular situación anímica de quien se defiende. Así, la jurisprudencia ha destacado: “En la determinación de la racionalidad priman

⁴⁶ Así lo ha mantenido la jurisprudencia: STS 670/1999, de 5 de mayo: “la posibilidad del acusado de marcharse o de escapar, por sí misma, no permite excluir el carácter necesario de la defensa”; también STS 544/2007, de 21 de junio.

⁴⁷ Referencias en ROXIN, *AT*⁴, § 15, nm. 2, 49. Para el mundo anglo-norteamericano, LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, pp. 69 y ss.; SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 192 ss.

fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues –cual ha resaltado la jurisprudencia– dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión” (TS 1270/2009, de 16 de diciembre, entre otras muchas).

Exceso intensivo. Si la defensa no es racional, porque va más allá de lo necesario, concurrirá un exceso intensivo, o propio, que dará lugar, en su caso, a la eximente incompleta⁴⁸.

Este exceso puede tener distintos motivos, que pueden presentarse independientemente o de manera cumulativa, y que producirán a su vez distintos efectos jurídicos. Pueden reducirse a tres: exceso debido a error, vencible o invencible, en la apreciación de las circunstancias o en la ejecución de la acción; a perturbación anímica que provoca una respuesta inadecuada; o exceso voluntario por venganza u otras razones.

a) Por error. En los casos en los que el exceso se debe a error, éste lo es sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, error de naturaleza discutida en la doctrina, pero que cada vez más suele catalogarse como error de tipo o al menos tratarse como tal (teoría limitada de la culpabilidad). Se trata entonces, de una modalidad de la legítima defensa putativa a la que más tarde se hará alusión. El error puede afectar tanto a la evaluación de los riesgos de la agresión, como a la elección de los medios, o a la propia ejecución de la defensa.

b) Por perturbación anímica (miedo, ira, etc.).⁴⁹ Si el exceso se debe a una perturbación anímica, (como un miedo irracional o una reacción incontrolable de ira o furia, por ejemplo) entra en juego una circunstancia que puede afectar a la culpabilidad del autor. Si la perturbación llega al extremo de constituir un trastorno mental transitorio, no habrá responsabilidad por el exceso. El hecho será impune por la concurrencia combinada de una causa de justificación parcial, que legitima la parte de la defensa racionalmente necesaria, y una causa de inimputabilidad (art. 20.1) que abarca el exceso. Si la alteración es sólo parcial, el exceso es también parcialmente imputable al defensor, que deberá responder por ello. La regla del art. 21.1º CP puede aplicarse en este caso, y permite al juez valorar hasta

⁴⁸ Jurisprudencia constante; por todas, STS 1270/2009, de 16 de diciembre. Sobre el exceso intensivo, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comare,; Granada, 2007.

⁴⁹ Detalladamente, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, pp. 139 ss.

dónde debe atenuarse la responsabilidad por el resultado lesivo final teniendo en cuenta la concurrencia combinada de una justificación parcial del hecho –había una agresión que requería defensa– y una culpabilidad atenuada que todavía permite algún reproche. Parece razonable pensar que en estos casos lo correcto es la rebaja de la pena en dos grados.

c) Exceso voluntario (venganza, etc.). Si el exceso es voluntario, por venganza o similar, le es plenamente imputable al autor. Cuando pueda cuantificarse el exceso y subsumirlo bajo un tipo penal, lo correcto es simplemente hacer responsable al autor de él, de manera que la justificación por legítima defensa alcanzaría al hecho básico de la defensa, pero no al exceso, del que respondería el autor de modo completo. Sin embargo, esta disociación de la parte legítima de la defensa y la excedente es generalmente imposible realizarla de una manera exacta, así que en estos casos la solución más adecuada es la que sigue el código: partir de la pena del delito cometido y aplicar, por medio del art. 21.1º, una atenuación que dé cuenta de la justificación parcial del hecho.

3. Falta de provocación suficiente

Este requisito es la plasmación expresa en la legítima defensa, igual que en otras causas de justificación como el estado de necesidad, de un principio clásico del derecho según el cual *nadie puede sacar provecho de su propia actuación antijurídica*. Quien, con su actuar previo, ha provocado la agresión de la que se defiende, no puede reclamar la justificación de su acto, en la medida en que él es corresponsable de la agresión ilícita que desemboca en la acción defensiva.

Aunque los pormenores de este requisito son muy debatidos, la razón material que lo sustenta es generalmente reconocida, hasta el punto de que en los ordenamientos en los que no se acoge de manera expresa se ha incorporado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial como una *restricción ético-social* del derecho de defensa⁵⁰.

En España, la exigencia legal expresa de que el hecho no haya sido provocado suficientemente por el defensor debe valorarse positivamente, por más que su interpretación sea difícil y muy debatida. Hay básicamente dos cuestiones que deben examinarse: en primer lugar, qué características debe tener una acción para que pueda ser considerada como provocación suficiente; en segundo lugar, qué efectos tiene la provocación sobre la responsabilidad, lo que a su vez requiere pronunciarse sobre el fundamento material de este requisito.

⁵⁰ Muy clara en este sentido la doctrina alemana, por todos: ROXIN, *AT*⁴, §15, nm. 59 ss; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2ª ed.), De Gruyter, 1993, §12, nm. 49 ss; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*; Duncker & Humblot: Berlin, 1994, 302 ss. Para la discusión en la doctrina anglo-norteamericana, LEVERICK, *Killing in Self-Defence*, pp. 109 ss; SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 310 ss.

A. *Provocación suficiente*

Si la provocación tiene efectos sobre la responsabilidad penal de quien de otro modo estaría plenamente justificado, no puede ser más que porque es *ilícita*. Esto excluye inmediatamente de su ámbito las provocaciones que procedan de un acto lícito o debido. El policía que detiene por orden judicial a un sospechoso el día de su boda y provoca la reacción agresiva de éste contra él, actúa de manera plenamente justificada al repeler la agresión incluso si en su fuero interno deseaba que tal reacción se produjera. Por la misma razón, quien exhibe en su atuendo un símbolo religioso y con ello provoca fácticamente la agresión de quien no comparte sus creencias, puede defenderse sin restricción alguna. En este sentido, la jurisprudencia ha distinguido entre ‘provocar’ y ‘dar motivo u ocasión’. Sólo lo primero impediría la apreciación de la defensa completa⁵¹.

Únicamente las provocaciones ilícitas desde una perspectiva jurídica y no sólo ético-social, generan responsabilidad. El provocador contribuye al hecho del agresor, y su intervención será ilícita cuando alcance el nivel suficiente para constituir *participación* en el hecho antijurídico del agresor⁵². Ello abarca los actos de *inducción*, cuando se hace nacer en el agresor la voluntad de realizar el hecho, y los de *complicidad*, cuando la iniciativa no procede del provocador, pero con su acción se contribuye de manera relevante a consolidar la intención agresiva⁵³.

En ambos casos la provocación puede ser *dolosa*, cuando se busca de manera intencional o se conoce, en la medida suficiente para el dolo eventual, que la acción hará nacer o consolidará la intención lesiva del agresor, o *imprudente*, cuando estos mismos efectos se produzcan al infringir el cuidado debido.

B. *Efectos de la provocación en la responsabilidad*

La provocación determina la responsabilidad del defensor. Queda excluida, por tanto, la legítima defensa completa, aunque, al no ser un requisito esencial, puede apreciarse la *eximente incompleta*⁵⁴. Hay básicamente dos formas de *fundamentar* este efecto. Ambas llevan,

⁵¹ STS 2442/2001, de 18 de diciembre.

⁵² En un sentido próximo ha afirmado JAKOBS que es provocación “sólo el comportamiento que fundamenta la co-responsabilidad por el ataque” (*AT*², p. 487).

⁵³ El criterio seguido por la jurisprudencia para apreciar la suficiencia de la provocación es atender a aquella “que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a una reacción agresiva (así, STS 2442/2001, de 18 de diciembre).

⁵⁴ A favor, salvo en el caso de provocación intencional, STS 287/2009, de 17 de marzo; en contra, sin embargo, STS 1515/2004, de 23 de diciembre y STS 932/2007, de 21 de noviembre, que estiman que la eximente, incompleta, al margen del caso excepcional de la defensa putativa, sólo se da respecto de elementos

por caminos distintos, a resultados similares en ciertas situaciones de provocación, pero no en otras, como en el auxilio necesario, de ahí la importancia de optar por una u otra.

1) Según la primera, el provocador perdería o vería atenuado el derecho de defensa frente al agresor por *ausencia del fundamento material de la legítima defensa*: por una parte, no necesitaría protección frente a su propia autopuesta en peligro derivada de la acción provocadora, y por otro, no haría prevalecer el derecho frente al injusto sino que provocaría este último⁵⁵.

2) Según la segunda, la provocación no afectaría al carácter ilícito de la agresión, por lo que las necesidades de protección de los bienes agredidos y del derecho permanecerían intactas y también el derecho de defensa, pero el provocador debería responder por el resultado producido finalmente como causante culpable del mismo en un momento previo: la acción defensiva sería lícita *in se* pero *illicita in causa* (aiic)⁵⁶.

La primera evalúa el hecho de manera global, y llega a la conclusión de que la defensa es total o parcialmente ilícita; la segunda, descompone el hecho global en sus dos momentos característicos, de manera similar a lo que se hace en la *actio libera in causa*, y con ello acepta a la vez la legitimidad de la defensa y la ilicitud de provocar la situación de conflicto.

En contra de esta última tesis, apunta Roxin el resultado contradictorio que se produciría de aceptar a la vez que la acción es lícita, por defensa legítima, e ilícita, por provocar el resultado final culpablemente, pero con ello olvida que aquí hay dos momentos distintos en la acción, la provocación previa y la defensa posterior, en los que el análisis jurídico debe ajustarse a las circunstancias propias del hecho en cada momento, algo que, por lo demás, es la nota característica de todas las estructuras de imputación que se remiten a un momento anterior. También en la *actio libera in causa*, en el marco de la teoría de la acción o de la imputabilidad, el examen del comportamiento del sujeto se divide en dos fases, de manera que no hay contradicción en apreciar que en la primera el hecho es subjetivamente imputable y no en la segunda. Por ello, si ha de rechazarse la doctrina de la *actio illicita in causa* será por otro motivo, no por éste.

La tesis del tratamiento unitario no atiende a la *dimensión temporal*. Una cosa es solucionar un conflicto a partir del momento en el que existe y de acuerdo a las circunstancias que entonces están presentes, y otra, susceptible de valoración independiente, haber originado la propia situación de conflicto. El que hace esto último genera un peligro alternativo, y luego, quien tenga que resolver el conflicto, incluso el propio provocador, lo hará atendiendo al criterio universal del menor daño. En el momento segundo, cuando ya no se

graduales, como la racionalidad, pero no en los que no lo son, como la actualidad de la agresión o la ausencia de provocación.

⁵⁵ En este sentido, por todos, ROXIN, *AT*⁹, §15, nm. 59.

⁵⁶ Para una discusión de esta propuesta en la doctrina anglo-norteamericana, SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 327 ss.

puede volver atrás, el criterio de solución debe ser el que marque el valor respectivo de los bienes en conflicto, igual que sucede en el primer momento. Cada momento es susceptible de valoración independiente, como se muestra perfectamente en los casos en los que el provocador y el defensor no coinciden.

Por el contrario, es la tesis que niega el derecho (completo o parcial) a la defensa la que se enfrenta a problemas difíciles de resolver cuando hay un tercero no provocador involucrado (*auxilio necesario*), y tanto si éste es el defendido como si es el defensor. El tercero que auxilia al provocador debe poder ampararse de manera plena en legítima defensa –defiende bienes jurídicos y el derecho– pero difícilmente lo va a poder hacer si previamente hemos afirmado que el provocador ve disminuido su derecho a la defensa. De hecho, sólo la tesis alternativa está en condiciones de dar una respuesta adecuada a todas las situaciones de provocación imaginables, que son cuatro (ocho, si se tienen en cuenta que cada una admite comisión dolosa o imprudente).

En las situaciones de legítima defensa provocada pueden intervenir, además del agresor-provocado, hasta *tres sujetos* más, el *provocador*, el *agredido* y el *defensor*, y estos tres papeles pueden recaer en la misma persona, en dos, o incluso en tres sujetos distintos. Las cuatro combinaciones son: 1. El provocador es a la vez agredido y defensor; 2. El provocador es el agredido y un tercero lo defiende; 3. El provocador es a la vez defensor de un tercero agredido; 4. El provocador sólo provoca y un tercero es agredido y se defiende (o un tercero es agredido y un cuarto lo defiende, aquí no hay diferencia relevante).

Para dar una respuesta adecuada a estas cuatro situaciones hay que partir de *tres postulados* que desde un punto de vista valorativo son difícilmente controvertibles. *Primero*, que la agresión del provocado sigue siendo ilícita y el derecho quiere impedirla; *segundo*, que la provocación también es ilícita y también tienen interés el derecho en impedirla; *tercero*, que los terceros ajenos a la provocación no deben verse perjudicados ni limitados por el tratamiento que demos a ésta.

Con estos presupuestos, las dos teorías que estamos examinando pueden llegar a resultados justos en la primera combinación, esto es, cuando *el provocador es a la vez agredido y defensor*, pero en las otras tres sólo la tesis segunda, que valora el hecho en dos momentos distintos de acuerdo a las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, está en condiciones de mantener las tres premisas valorativas que se acaban de exponer.

En la segunda situación –*provocador que es agredido pero no defensor*–, la tesis primera necesariamente debería llevar a limitar o incluso directamente prohibir la defensa que puede hacer el tercero, ajeno al hecho, lo que desemboca en la vulneración de la primera premisa valorativa: el derecho habría dejado de tener interés en impedir la agresión ilegítima del provocado. Por el contrario, la tesis de la *aiic* ofrece una respuesta adecuada: el tercero actúa de manera lícita al defender al provocador, destacando el carácter antijurídico de la agresión, y a la vez el provocador, al haber originado la situación de conflicto, responde como inductor o cómplice de la tentativa del agresor.

En la tercera situación –provocador que es defensor de un tercero agredido– la tesis primera puede justificar la licitud del comportamiento del provocador al defender al tercero, pero se ve obligada a dejarlo impune, pese a que fue él quien provocó un conflicto que de otra manera no se daría. Por el contrario, la tesis segunda da de nuevo una solución correcta. La defensa es lícita, pero la provocación punible.

La misma objeción cabe hacer a la primera tesis en relación con la cuarta situación –*provocador que no es ni agredido ni defensor*. No debería responder de nada, porque el hecho del tercero es finalmente lícito, ya que la defensa no se hace en beneficio del provocador sino del propio tercero (o de una cuarta persona). Ello viola el segundo postulado, al dejar sin consecuencias el hecho ilícito del provocador. Nada de esto sucede en la tesis de la *aiic*, que de nuevo permite la mejor solución: el tercero actúa de manera lícita en el marco de la legítima defensa, y el provocador responde de su provocación.

4. Elemento subjetivo: La actuación “en defensa”

El Código penal supedita la justificación plena del hecho a la actuación ‘en defensa’ del agredido. De forma mayoritaria este requisito se identifica con la exigencia de que el defensor conozca que están presentes los presupuestos objetivos de la legítima defensa, sin que además sea necesario que su intención última sea defender⁵⁷. Cualquier otra interpretación supondría exigir una cualidad moral que el derecho no debe entrar a valorar. Por ello, tampoco es correcta la posición matizada de quienes requieren como elemento subjetivo además del conocimiento un genuino ánimo de defensa, aunque admiten que es compatible con la concurrencia de otros motivos⁵⁸, posición que exige más de lo que el derecho puede legítimamente pedir, que es respeto externo a la norma, no interno.

En este sentido, es correcta la línea *jurisprudencial* que estima que el ánimo de defender no es incompatible con otros ánimos concurrentes, como el de matar: “el dolo homicida no es incompatible con la exigente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el “animus necandi” o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la “necesitas defensionis” que fundamenta la exigente”⁵⁹.

Si se dan los presupuestos objetivos de una legítima defensa propia o ajena, pero el sujeto lo desconoce y actúa contra el agresor con finalidad lesiva, el hecho no es lícito, por *ausencia del elemento subjetivo* de actuar en defensa, pero sólo está presente el desvalor

⁵⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas: Madrid, 1976, p. 49; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, pp. 550 s.; para la doctrina alemana, ROXIN, *AT*⁴, § 15, nm. 129 y 130.

⁵⁸ Como CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II* (6ª ed.), Tecnos, 2004, p. 239.

⁵⁹ STS 360/2010, de 22 de abril.

de acción, ya que el resultado es objetivamente bien valorado por el derecho. El sujeto ha cometido una *tentativa*⁶⁰ *inidónea* punible⁶¹, que también podría describirse alternativamente como una legítima defensa incompleta por ausencia del elemento subjetivo⁶². La coincidencia legal al fijar el marco de la pena de la tentativa en el art. 62 y de la eximente incompleta en el art. 68 resulta en este caso afortunada, de manera que se llegará a un mismo resultado por uno u otro camino, pero materialmente, la descripción más ajustada al hecho es la de tentativa inidónea. Ello además permite dar una respuesta adecuada al caso de que la ‘defensa’ tenga lugar mediante una actuación imprudente: la ausencia de desvalor de resultado, aun persistiendo el de acción, debe llevar aquí a la impunidad, al tratarse de hechos imprudentes cuya tentativa no es punible⁶³.

Las otras dos soluciones propuestas para estos casos, *impunidad*, propugnada desde posiciones estrictamente objetivas⁶⁴, o castigo por el *delito consumado*, desde posiciones estrictamente subjetivas⁶⁵, no son satisfactorias. La primera, por desconocer el desvalor de acción integrante de una tentativa; la segunda por no tener en cuenta, o no en el grado necesario, que el resultado final es jurídicamente correcto.

Si el desconocimiento del defensor afecta a la propia extensión de la eximente –cree que la legítima defensa no le permite lo que en realidad sí le autoriza– estamos ante un error inverso de prohibición, que da lugar a un *delito putativo*. La defensa será legítima aunque el autor crea que no lo es.

III. ERROR SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA: ERROR SOBRE LA EXTENSIÓN Y LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

El error sobre la legítima defensa puede afectar tanto a la extensión de la eximente como a la concurrencia de los presupuestos objetivos que permiten la defensa.

El *error sobre la extensión de la legítima defensa* (error sobre sus límites) tiene lugar cuando el defensor cree que esta circunstancia le permite más de lo que realmente hace. Por ejemplo, cree, por desconocimiento de la ley, que la defensa de los bienes no está sometida a los límites del art. 20.4 primero. El tratamiento de esta modalidad de error es indiscutido en

⁶⁰ Y no sólo por analogía, ROXIN, *AT*⁴, § 14, nm. 104, §15, nm. 129.

⁶¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas: Madrid, 1976, pp. 54 s.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales...*, p. 552. Referencias y críticas a esta posición en la teoría anglo-norteamericana, SANGERO, *Self-Defence in Criminal Law*, pp. 235 ss.

⁶² MIR PUIG, *PG*⁹, pp. 432-433, nm. 19, p. 450, nm. 71.

⁶³ En contra, y apoyando en su argumento contrario la solución de la eximente incompleta, MIR PUIG, *PG*⁹, p. 433 nm. 21.

⁶⁴ NINO, *La legítima defensa...*, p. 126.

⁶⁵ CEREZO MIR, *PGII*, pp. 201 ss., aunque admite la posible aplicación de una atenuante analógica a la eximente incompleta.

la doctrina: se trata de un *error de prohibición indirecto* (error sobre la ilicitud del hecho), que, conforme al art. 14.3, si es invencible excluirá la responsabilidad (no hay culpabilidad), y si es vencible dará lugar a una atenuación de la pena en uno o dos grados.

Más problemático es el caso del *error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa*, habitualmente denominado *legítima defensa putativa*. El error puede recaer sobre los diferentes elementos de la eximente:

- Sobre la propia *existencia de la agresión* ilegítima, ya sea porque el defensor da por real la agresión que nunca ha existido, ya porque cree que todavía es actual la agresión real que ya ha terminado (exceso extensivo debido a error).
- Sobre la *racionalidad* de la defensa, que el defensor toma por adecuada sin serlo, bien porque ha realizado una evaluación incorrecta de la amenaza, bien porque ha elegido o manejado de manera inadecuada los medios para repelerla.

El tratamiento que deba darse a este caso es el general del error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación⁶⁶, cuestión en la que no hay acuerdo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

La jurisprudencia del TS ha mantenido una posición vacilante sobre el tratamiento de este error. Superada la etapa histórica en la que llegaba afirmarse incluso la propia legítima defensa⁶⁷, sólo se discute si el tratamiento correcto es como error de tipo (art. 14.1 y 2) o de prohibición (art. 14.3).

Aunque inicialmente, en algunas resoluciones, se trató como error de tipo⁶⁸, la evolución posterior dominante se ha inclinado por estimarlo un error de prohibición indirecto⁶⁹. No es infrecuente, sin embargo, que, pese a esta caracterización, si se trata de un error vencible, la atenuación acabe imponiéndose no por la vía del error de prohibición, sino de la eximente incompleta, aunque el efecto final sea el mismo, ya que la regla penológica del art. 14.3 para el error de prohibición vencible es la misma que la del art. 68⁷⁰.

⁶⁶ Así lo ha entendido la jurisprudencia: “La posibilidad de apreciar una legítima defensa putativa se basa en la creencia errónea del sujeto respecto a la existencia de una agresión ilegítima que lo sitúe en la necesidad de actuar en defensa propia o ajena. Es preciso para ello que pueda apreciarse, desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente permitan esa creencia, los cuales han de ser valorados en relación a las circunstancias del sujeto en cada caso. Sus características y efectos deben reconducirse a la esfera del error” (STS 1147/2005, de 13 de octubre).

⁶⁷ Detallada referencia y crítica de esta línea jurisprudencial, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas: Madrid, 1976, pp. 9 ss.

⁶⁸ Así, por ejemplo, STS de 29 de abril de 1989; STS de 2 de noviembre de 1987; STS de 1 de diciembre de 1987.

⁶⁹ Así, entre otras, STS 754/1999, de 17 de mayo; STS 421/2001, de 15 de marzo; STS 1458/2004, de 10 de diciembre; STS 442/2006, de 18 de abril.

⁷⁰ Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la STS 442/2006, de 18 de abril.

La solución del error de prohibición (la llamada teoría estricta de la culpabilidad en materia de error) es seguramente minoritaria en la *doctrina*, que en general entiende que los errores sobre presupuestos objetivos de las causas de justificación son errores de tipo, o al menos deben ser tratados como éstos (teoría limitada de la culpabilidad)⁷¹. Si el error de tipo es un error sobre el hecho valorado en su dimensión global y el error de prohibición un error sobre la valoración jurídica de ese hecho, la solución mayoritaria en la doctrina es indudablemente la correcta. El error sobre presupuestos objetivos de la justificación no incide en nada sobre la valoración jurídica de un hecho conocido, sino sobre el conocimiento de ese hecho enmarcado en una situación de conflicto.

⁷¹ La literatura sobre esta cuestión resulta inabarcable. Ofrece un panorama general de la discusión, ROXIN, *AT*^y, §14, nm.52 ss.