

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS
FINANCIEROS

TRABAJO FIN DE GRADO – DERECHO



ESTUDIO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA CON
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL REQUISITO DE LA
FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE

Autor: Fernández Martínez, Marcia

Tutor: Escudero García-Calderón, Beatriz

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| 1. APROXIMACIÓN A LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN..... | 5 |
| 1.1 Breve referencia a las causas de justificación del art. 20 CP..... | 5 |
| 1.2 Elementos objetivos (elementos esenciales y no esenciales)..... | 7 |
| 1.3 Elemento subjetivo (elemento accidental)..... | 8 |
| 2. DELIMITACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA..... | 10 |
| 2.1 Concepto..... | 10 |
| 2.2 Naturaleza jurídica..... | 11 |
| 2.3 Bienes jurídicos defendibles..... | 13 |
| 3. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA..... | 15 |
| 3.1 Agresión ilegítima actual..... | 15 |
| 3.2 Racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión..... | 16 |
| 3.3 Posibles reformas en la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión: opinión de VOX..... | 17 |
| 3.4 Falta de provocación suficiente por parte del defensor..... | 20 |
| 3.4.1 Requisito inesencial y sujetos implicados..... | 20 |
| 3.4.2 Agresión por parte de un hombre medio..... | 20 |
| 4. SUFICIENCIA EN LA PROVOCACIÓN: INTERPRETACIONES DOCTRINALES..... | 22 |
| 4.1 Provocación dolosa e imprudente..... | 22 |
| 4.2 Provocación antijurídica..... | 24 |
| 4.3 Provocación ilegítima..... | 25 |
| 4.4 Comparaciones con Códigos extranjeros..... | 26 |
| 5. LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN LA RIÑA MUTUAMENTE ACEPTADA..... | 28 |
| 5.1 Interpretaciones doctrinales de la riña mutuamente aceptada..... | 28 |
| 5.2 La <i>actio illicita in causa</i> en la riña mutuamente aceptada..... | 30 |
| 6. CONCLUSIONES..... | 32 |
| BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:..... | 35 |

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------------------|-----------------------------------|
| Art./s. | Artículo/s |
| CP | Código Penal |
| Constitución Española | CE |
| edit. | Editorial |
| Ibíd. | <i>Ibidem</i> (en el mismo lugar) |
| núm. | Número |
| op. cit. | <i>Opere citato</i> (obra citada) |
| pág. | Página/páginas |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| s., ss. | Siguiente, siguientes |
| TS | Tribunal Supremo |
| vol. | Volumen |

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con un sentir generalizado, no actúa conforme a Derecho la persona que se defiende de una agresión ilegítima habiéndola previamente provocado intencionadamente. La falta de provocación suficiente, sin embargo, constituye un elemento muy controvertido. Baste recordar que mientras nuestro Código Penal (en adelante CP) lo recoge expresamente como tercer requisito de la legítima defensa en su artículo 20 CP (en adelante art.), no sucede lo mismo en otros Ordenamientos como el alemán, en donde ni siquiera se recoge como una exigencia específica. En todo caso, se recoja o no expresamente, se entiende que no hay legítima defensa si falta este requisito, aunque no es una cuestión pacífica ni lo que ha de entenderse por provocación, ni cuándo puede ser considerada suficiente. En el presente TFG nos ocuparemos de esta cuestión, para lo que consideramos conveniente realizar un análisis global de la legítima defensa.

Atendiendo al concepto de delito definido por el CP, las cuestiones a tener en cuenta para la delimitación del trabajo son principalmente la acción u omisión y a su vez la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del mismo. Hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico encontramos las causas de justificación que eximen la responsabilidad criminal derivada de un delito al excluir el elemento de antijuridicidad mencionado anteriormente. El fundamento de estas causas de justificación se basa en la teoría del interés preponderante que considera que entran en conflicto dos bienes jurídicos y se permite la lesión de uno de ellos para poder mantener intacto el otro, que suele ser de mayor importancia.

Las causas de justificación mencionadas anteriormente son las siguientes: el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el estado de necesidad y por último la legítima defensa¹.

¹ Véase art. 20 Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre). Dejo a un lado el consentimiento, puesto que se trata de una justificación suprallegal, no recogida, por tanto, de manera expresa en el CP.

La legítima defensa, como causa de justificación, cumple una función negativa en la antijuridicidad: tiene que no darse para que podamos afirmar que hay delito. De la misma manera, la falta de provocación suficiente tiene un carácter negativo. En efecto, mientras que para afirmar que un sujeto actúa en legítima defensa tiene que poder afirmarse tanto la agresión ilegítima actual como la racionalidad del medio empleado, la provocación suficiente ha poder negarse, es decir, ha no darse. Al estudio de esta figura, la legítima defensa y sus requisitos, dedicamos este trabajo. Asimismo, realizaremos un análisis especial de la falta de provocación suficiente por tratarse, a nuestro entender, de un requisito que no ha sido objeto de la suficiente atención por parte de la doctrina. Y puede entenderse encuadrada en tres requisitos, la agresión ilegítima actual, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Este último requisito es el que observaremos a lo largo del presente estudio.

1. APROXIMACIÓN A LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

1.1 Breve referencia a las causas de justificación del art. 20 CP

Como hemos mencionado anteriormente, las causas de justificación están reguladas en el CP, concretamente en el art. 20 del mismo. Hay que tener en cuenta que en este art. se regulan la mayoría de causas por las que se exime a un sujeto de responsabilidad penal, pero no todas derivan del mismo supuesto.

Las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad del delito son las siguientes:

En primer lugar, la legítima defensa que está regulada en el art. 20.4 en el que se explican los requisitos que tienen que concurrir para que está se dé de una manera

satisfactoria. En segundo lugar, encontramos el estado de necesidad regulado en el mismo art. en el apartado cinco. Y, por último, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que se encuentra regulado en el art. 20.7 del CP. También se entiende que el consentimiento actúa en ocasiones como una causa de justificación suprallegal (y por tanto, no recogido en el art. 20 CP).

Las causas de justificación tratan de resolver conflictos que surgen entre los bienes jurídicos, dando prioridad a algunos bienes jurídicos sobre otros. De modo 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. Las causas de justificación no solo amparan un hecho ilícito, sino que convierten dicho hecho ilícito en lícito en virtud de la norma permisiva en la cual encuentran su fundamento².

Con arreglo al art. 20.4 del CP 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.

Seguidamente, con arreglo al art. 20.5 del CP, estaríamos ante un estado de necesidad que por lo tanto, exime del mismo modo de la responsabilidad criminal cuando se quiera evitar un mal propio o ajeno que lesione un bien jurídico o infrinja un deber, cuando concurren los siguientes requisitos: que el mal causado no sea mayor que el mal que se pretenda evitar, es decir aquí nos encontramos ante la teoría de la proporcionalidad, al contrario que en la legítima defensa. Además, la situación no puede haber sido causada por el propio sujeto y la persona que se encuentre en una situación de necesidad no puede estar obligada a sacrificarse por su oficio o cargo.

² MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría General del Delito*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 91.

Con arreglo al art. 20.7 del CP estamos ante una eximente de responsabilidad criminal cuando obramos en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Hay que entender por deber, un deber únicamente legal. Por lo tanto, los deberes que las personas puedan interpretar como moralmente éticos no entran en la posibilidad de una causa de justificación. Para que pueda darse una eximente completa del desempeño de un deber, tienen que darse los siguientes requisitos: que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias del cargo, que el uso de la fuerza haya sido racional y necesaria para tutelar los intereses que están obligados a defender y que exista una resistencia o una actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo sobre la que recaiga el uso de dicha fuerza.

1.2 Elementos objetivos (elementos esenciales y no esenciales)

Los elementos objetivos de las causas de justificación definen las situaciones en las que está permitido actuar es decir, cuando el sujeto está actuando debidamente en una situación que está sujeta a una causa de justificación y cuando no. Todas las causas de justificación tienen elementos objetivos y un elemento subjetivo. Dentro de los elementos objetivos se pueden diferenciar los elementos esenciales de los no esenciales. En el caso de que falte un elemento esencial no hay atenuación alguna y el sujeto se verá expuesto a la totalidad de la responsabilidad penal.

En cambio, en el caso de que falte un elemento no esencial, se aplica una eximente incompleta del art. 69 CP, rebajándose la pena en 1 ó 2 grados o bien acusándolo por tentativa inidónea. La doctrina y la jurisprudencia consideran que únicamente puede aplicarse una eximente incompleta cuando se dé la ausencia de un elemento accidental, si estamos ante la ausencia de un elemento esencial, el sujeto responderá por la totalidad de la pena.

Según algunos autores hay que tratar los elementos objetivos desde un criterio *ex post*³. De modo que se verá si estos elementos se han dado posteriormente a la

³ SANZ MORÁN, Ángel José: “Teoría General de la Justificación”, *Revista Penal*, núm. 5, Argentina, 2008.

conducta que tenga que ser analizada. Incluso algunos autores mencionan la posibilidad de no tener en cuenta el elemento subjetivo, siendo los elementos objetivos suficiente. En cambio, hay otros autores que sostienen la posibilidad de que estos elementos tengan que ser identificados *ex ante*⁴ con la experiencia y los conocimientos de la persona⁵.

1.3 Elemento subjetivo (elemento accidental)

Uno de los principales problemas que se suscitan en las causas de justificación es el debate del elemento subjetivo. Por lo que podemos definir dicho elemento como la conciencia y la voluntad de realizar una acción justificante⁶. Podemos pensar que el elemento subjetivo como tal, viola el principio de legalidad, pero no lo hace en sentido estricto dado que se basa en el comportamiento de la persona, y dicho comportamiento puede ser tanto lícito como ilícito. El elemento subjetivo debe exigirse tanto en la justificación imprudente como en la dolosa, tanto al propio autor como a los partícipes.

Por lo tanto, hay que partir de la base de que el elemento subjetivo consiste en que el sujeto tiene que saber que se está defendiendo de una agresión ilegítima. El debate que se suscita entorno a dicho elemento es el siguiente: aquella persona que se está defendiendo tiene que actuar movido por esa legítima defensa, es decir tiene que existir *animus defensionis* o basta con el hecho de que sepa que se está dando la situación de defensa.

Según la doctrina y la jurisprudencia es necesario que la persona sepa que se encuentra en una situación de justificación para que pueda darse la eximente completa. Otros, en cambio, consideran que actuar sabiendo que se está amparado en una causa de justificación deriva de la voluntad de la persona. Para saber si el

⁴ NAZARENA CASTELLUCCIO, María: “La valoración de los elementos objetivos de las causas de justificación”, *Revista Intercambios*, núm. 18 de la Especialización en Derecho Penal, 2019.

⁵ MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Reppertor, Barcelona, 2016.

⁶ ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier: “El aspecto subjetivo en las causas de justificación”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2007.

sujeto se encuentra en una situación de justificación hay que actuar mirando desde una perspectiva *ex ante*⁷. En el caso de que no exista *animus defensionis*, es decir que la persona no sepa que hay una situación justificada de legítima defensa pero que por casualidad estemos ante dicha causa de justificación, tendríamos que castigar a dicho sujeto rebajando siempre la pena en 1 ó 2 grados, ya sea por considerar que hay una tentativa (art. 62 CP) o por considerar que se trata de un elemento accidental y por tanto se aplica una eximente incompleta (art. 68 CP).

En cambio, si estamos ante un supuesto en el que el sujeto piensa que sí que existe una legítima defensa y en realidad no se está dando satisfactoriamente, estaríamos ante la ausencia del elemento subjetivo. Habríamos llegado entonces a la figura denominada legítima defensa putativa. La legítima defensa putativa es aquella defensa que se lleva a cabo bajo una creencia errónea del sujeto que la está practicando, es decir, que el sujeto cree que se están dando los elementos objetivos de la causa de justificación.

Como aproximación inicial habría que analizar la legítima defensa putativa desde un punto de vista subjetivo. El empleo de la fuerza por un individuo que se está defendiendo de una agresión que solamente existe en su mente, es decir, que en realidad no se está produciendo por tanto, no puede estar justificada. Con carácter general las causas de justificación se basan en la objetividad. Ahora bien, pueden conducir a una atenuación o exculpación de la responsabilidad penal a la que dicho sujeto se va a ver sometido. Hay que puntualizar además que, normalmente tenemos un sujeto protegido por el Ordenamiento jurídico porque se está viendo agredido ilegítimamente. Pero en el caso de la legítima defensa putativa nos encontramos ante un defensor putativo que está agrediendo por una errónea necesidad de defensa a un agresor que en realidad es un sujeto inocente.

Por tanto, podríamos atenuar la responsabilidad tanto del defensor putativo como la del agresor en el caso que éste proceda a defenderse. Ahora bien, hay que diferenciar que, la atenuación de la pena del defensor putativo estaría basada en su error fundamentado y razonable mientras que, la atenuación o absolución de la pena

⁷ MIR PUIG, S: “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Núm. 36, Barcelona, 1983.

del agresor que ha procedido a defenderse se fundamenta en una causa de justificación, concretamente en la legítima defensa⁸. La jurisprudencia y la mayoría doctrinal se declinan por tratar la legítima defensa putativa como un error de tipo. Por tanto, si es invencible, determina la impunidad del sujeto, y si es vencible, responderá por delito imprudente. Un sector minoritario considera que se trata más bien de un error de prohibición, llegando al mismo resultado si es invencible, y castigando con la pena rebajada en 1 ó 2 grados si fuera vencible.

2. DELIMITACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1 Concepto

Los efectos excluyentes de la responsabilidad criminal derivada de una defensa se han venido manifestando sin discusión alguna desde siempre, argumentando que está exento de pena toda persona que utilizara la fuerza para repeler un ataque. Vemos que numerosos Códigos Penales han regulado esta figura desde hace años. Albert Friedrich Berner⁹, autor alemán, es un claro ejemplo de la importancia de dicha figura al ser el primer autor en pronunciar unas palabras tales como, “*el Derecho no necesita ceder al injusto*”, y podemos decir que es una de las bases por las cuales se permite lesionar un bien jurídico para proteger otro.

La legítima defensa es aquel acto a través del cual una persona realiza una conducta antijurídica amparada por el Derecho para defender un bien jurídico material o inmaterial, propio o de un tercero. Tiene que existir una agresión ilegítima actual, tienen que usarse los medios racionalmente necesarios para impedir la o repelerla y tiene que existir una falta de provocación suficiente. El Derecho entiende que las dos personas se hallan en situaciones diferentes y por ello

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, *Revista penal*, núm. 24, 2009, pág.126.

⁹ BERNER citado por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª, edit. B de F, 2002, pág. 35.

se exime la responsabilidad de la persona que se está defendiendo. El derecho a la legítima defensa está igualmente reconocido por otros Códigos Penales, no únicamente el español. Encontramos, por ejemplo, el art. 328 del CP francés que se pronuncia sobre este concepto afirmando que, “*no hay crimen ni delito cuando el homicidio, las lesiones y golpes han sido cometidos por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro*”.

La legítima defensa en el CP español es una de las causas de justificación eximentes de la responsabilidad criminal regulada en el art. 20.4 del CP, siempre y cuando se cumplan los elementos objetivos y el elemento subjetivo de la misma. Si no se cumplen dichos elementos, estaremos ante supuestos variables. Una de las características esenciales de las causas de justificación y, por tanto, de la legítima defensa, es la de excluir la responsabilidad criminal además de la responsabilidad civil que se deriva del mismo delito. Hay que saber también, que dicha eximente se aplica no únicamente al autor del delito sino a los partícipes del mismo.

2.2 Naturaleza jurídica

El fundamento jurídico de la legítima defensa recae sobre el principio de que “*el derecho no necesita ceder ante lo ilícito*” y “*ceder ante ello sería abandonar*”¹⁰. Y se entiende por ello, que una persona que está siendo agredida puede defenderse legítimamente y no tiene que realizar otro tipo de acción para evitar la realización de un delito, como sería el ejemplo de la huida¹¹. La jurisprudencia no ha exigido nunca la huida por considerarla deshonrosa y preferir darle al sujeto la posibilidad de conservar su dignidad y defenderse. Aunque el TS se pronuncia afirmando que se deberá huir en aquellos casos en los que la huida sea posible, no sea vergonzante y

¹⁰ Véase BUSTOS RAMÍREZ, J: “Antijuridicidad y causas de justificación”, op.cit., pág 54.

¹¹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, edit. Comares, 1999, pág. 258-382. Fundamentado por autores extranjeros como KENNY, Patricio Enrique: “Los límites de la legítima defensa. ¿Podemos matar aún cuando existe la posibilidad segura de huir?”, *Lecciones y Ensayos*, Núm. 95, 2015, pág. 305-326.

pueda evitar la agresión ilegítima.¹² Según el fundamento de MIR PUIG no puede considerarse como indigno huir para que el sujeto defienda sus bienes jurídicos¹³. Ahora bien, tampoco puede considerarse como obligatorio.

La naturaleza de la legítima defensa descansa sobre el hecho de ser una causa de justificación autónoma e independiente. Por lo tanto, podemos afirmar que la legítima defensa es un derecho insustituible que tienen todas las personas. Ahora bien, no podemos decir que la legítima defensa permita reaccionar ante cualquier tipo de agresión, dado que *“no hay, pues, un principio de prevalencia del Derecho a toda costa frente a la injusta agresión, y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado por otros principios informadores”*¹⁴. Para entender la base de la naturaleza de la legítima defensa hay que partir del hecho de que no pueden darse dos legítimas defensas sucesivas, es decir no cabe la posibilidad de que el sujeto se defienda de una legítima defensa diciendo que actuaba igualmente legítima defensa, dado que la primera conducta excluye la antijuridicidad, pero la segunda conducta, es decir la defensa no sería antijurídica.

De acuerdo con el principio de accesoriedad de la participación, para castigar al partícipe, la conducta del autor ha de ser típica y antijurídica. Por tanto, la exención de la pena, existiendo una causa de justificación, rige también para los cooperadores necesarios y no necesarios¹⁵. Y, por último, contamos de la liberación de cualquier responsabilidad en el ámbito civil¹⁶ y administrativo de aquella persona que esté actuando en legítima defensa.

¹² VELA MOURIZ, ANA: “¿Cuándo puede un juez considerar que alguien ha actuado en legítima defensa?”, *El País*, edit. El País S.L., Bilbao, 2018.

¹³ MIR PUIG, S: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 455.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 326.

¹⁵ Sobre este fundamento, DÍAZ PALOS, Fernando: *La legítima defensa: estudio técnico-jurídico*, edit. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 22.

¹⁶ Según LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op.cit., pág.103.

2.3 Bienes jurídicos defendibles

Para que pueda existir una correcta defensa tiene que recaer una agresión ilegítima sobre aquellos bienes considerados como defendibles. Ahora bien, que podemos considerar como bienes jurídicos defendibles.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia definen el bien jurídico defendible como aquel bien que debe ser protegido. Teniendo en cuenta que todos los bienes jurídicos deben ser protegidos no podemos enumerar una lista cerrada de cuales pueden estar sujetos a la legítima defensa y cuales no podrían estarlo.

La jurisprudencia y la doctrina afirman que hay bienes jurídicos defendibles que no pueden ser discutidos como serían la vida y la integridad física, aquellos relativos a la “*autodeterminación personal*”¹⁷. Sin embargo, encontramos otros tantos sobre los cuales hay un debate existente como sería el derecho al honor¹⁸. Podemos definir entonces los bienes jurídicos defendibles como aquellos que siendo propios o ajenos necesitan una defensa frente a una agresión ilegítima.

Ahora bien, hay ciertas teorías sobre esta materia.

Por un lado, están las posiciones que admiten el hecho de que todos los bienes jurídicos sean considerados como defendibles. En España se considerarán bienes defendibles aquellos bienes que sean más bien personales es decir, aquellos que sean propiedad de la persona como puede ser su vivienda habitual¹⁹, o aquellos derechos inherentes a la persona. Encontramos dos problemáticas en el hecho de que todos los bienes jurídicos sean defendibles. En primer lugar, tenemos que partir de la

¹⁷ LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, *Ibíd.*, pág. 345.

¹⁸ La defensa al honor fue admitida por primera vez como delito por el TS en la Sentencia del 1 de mayo de 1958, en la cuál se le atribuye la posibilidad de indemnizaciones por injurias, así como de denunciar tal hecho, pero no se le admite la posibilidad de que este se vea protegido actuando en legítima defensa.

¹⁹ Véase el artículo 41 de la Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

necesidad de que los bienes jurídicos defendibles a los que nos estamos refiriendo son los individuales²⁰ dado que los bienes colectivos poseen la defensa del Estado. Otra problemática sería el hecho de constatar que los bienes jurídicos defendibles fueran aquellos que están regulados en todo nuestro Ordenamiento jurídico o aquellos que se limitan por el CP. Ante dicha cuestión cabe decir que habría limitarse a aquellos que fueran regulados por el CP y que por lo tanto fueran propiciados por una conducta ilegítima, aunque caben excepciones a este comportamiento violento y dañino que tiene que existir como sería el menoscabo del derecho al honor, a la libertad sexual o a las conductas verbales ofensivas como las injurias.

Por otro lado, encontramos otra teoría que sería aquella que restringe los bienes jurídicos defendibles. Esta en cambio delimita los derechos que pueden ampararse en la legítima defensa. El problema de querer realizar una lista cerrada de los bienes que pueden ser jurídicamente defendibles es que la ley no se ha posicionado en ningún momento sobre cuales serían, por lo que nos estaría dejando un lugar un tanto peligroso en el que los propios autores no quieren posicionarse.

Y por última teoría entendemos la irreparabilidad de los bienes jurídicos defendibles. Es decir, será un bien jurídico defendible aquel bien que sea posteriormente irreparable tanto naturalmente como por los tribunales. Ahora bien, de aplicarse esta generalidad estaríamos dejando muchos bienes jurídicos fuera de la lista dado que habría que establecer cuáles serían los bienes jurídicos reparables y cuáles los irreparables y como hemos mencionado anteriormente el legislador no lo ha especificado en ningún caso. Estaríamos entonces entrando en un terreno subjetivo para hacer dichas comparaciones.

Ahora bien, a pesar de que podamos estar a favor o en contra de una de las tres teorías expuestas anteriormente entendemos que existe la posibilidad del bien jurídico defendible cuando entran en colisión dos bienes jurídicos, y para la salvaguarda del bien que está siendo agredido se requiere el menoscabo²¹ del bien

²⁰ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Curso de derecho penal*, edit. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 370.

²¹ Véase LUZÓN PEÑA, D: Aspectos esenciales de la legítima defensa, op.cit., pág. 70-71.

que está agrediendo. Encontramos por lo tanto, lo que sería denominado como la teoría del interés preponderante regulado en el art. 11 CP. Tenemos entonces que tener claro que el bien que está siendo salvaguardado tiene un mayor interés jurídico que aquel que va a ser menospreciado teniendo en cuenta siempre donde se encuentran los límites del Ordenamiento jurídico. Hay entonces que tener en cuenta dos bienes jurídicos que no se encuentran en la misma posición frente al Derecho debido a que los bienes jurídicos del defensor se encuentran legitimados, mientras que, los bienes jurídicos del agresor están en una posición ilegítima y por lo tanto, no merecen la protección del Ordenamiento jurídico.

3. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

3.1 Agresión ilegítima actual

Por agresión ilegítima actual, según la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) 1766/1999, de 9 de diciembre, entendemos *“todo ataque, inminente, real, directo, injusto, inmotivado e imprevisto”*. Hoy en día la opinión del TS ha variado relativamente poco en cuanto a lo que se define como agresión ilegítima dando a entender que la agresión ilegítima es *“toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles”*²².

No se admiten por lo tanto, las formas imprudentes o involuntarias de crear una agresión ilegítima. Tampoco se admite el hecho de que la agresión no sea actual, es decir no puede haber un espacio en el tiempo²³ entre la agresión y la defensa aunque existe un debate acerca de la violencia de género que versa sobre el hecho de las mujeres que actúan en legítima defensa cuando están sufriendo un maltrato continuado.

²² TS, en su STS núm. 111/2019, de 5 de marzo en relación con la STS núm. 900/2004 de 12 de julio.

²³ LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op.cit., pág. 140. Este autor enfatiza en el hecho de que la agresión tiene que ser actual, es decir que siempre que la agresión este ocurriendo en el momento se estará amparado por la causa de justificación. Ahora bien, si la agresión cesara y no hubiera peligro para el bien jurídico que se está protegiendo, el sujeto no podrá seguir con la defensa porque entonces se verá obligado a responder por el resultado.

El CP admite dos vías independientes, por un lado la legítima defensa de la persona, y por otro la legítima defensa de sus derechos. La agresión ilegítima actual es un elemento esencial de la legítima defensa por lo tanto, si no se da este elemento no estaremos ante una causa de justificación. Además, hay que recalcar que si la defensa ha sido extensiva, es decir que ha tenido una mayor duración en el tiempo de la debida se excluirá la posibilidad de acogerse a una legítima defensa tanto completa como incompleta.

Un aspecto diferente sería hablar de las agresiones legítimas, por ejemplo, las que tendría que realizar el cuerpo de policía nacional o las fuerzas y cuerpos de seguridad²⁴ reguladas en el art. 20.7 CP.

3.2 Racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Nos encontramos ante el segundo requisito que hay que cumplir en la legítima defensa, se trata del medio que hay que utilizar para una defensa correcta, lo denominado como *necessitas defensionis*²⁵, que junto al *animus defensionis* son soportes esenciales para que pueda darse la eximente. Este elemento a diferencia del visto anteriormente es un requisito inesencial.

La racionalidad del medio empleado²⁶ recae sobre la posibilidad de utilizar un instrumento para impedir o repeler una agresión ilegítima es decir, el individuo puede defenderse con un instrumento similar o un poco mayor al que estén utilizando para atacarle. Por un instrumento defensivo que podamos utilizar tenemos

²⁴ Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

²⁵ Según RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y COLINA OQUENDO, Pedro: Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, edit. La Ley/Grupo Kluwer, Madrid, 2007, pág. 87.

²⁶ Por utilización del medio empleado hay que especificar que no solo nos estamos refiriendo al instrumento de defensa, sino a la modalidad de defensa general utilizada.

que tener en cuenta “no el concreto instrumento, sino el procedimiento utilizado, que incluye la acción, su peligrosidad y el resultado”²⁷.

Debemos encontrar entonces, una racionalidad entre el medio que está siendo utilizado y el resultado que vas a causar es decir la peligrosidad que dicho elemento puede producir. Se deberá elegir el instrumento menos severo teniendo en cuenta el instrumento que se está utilizando para la agresión y la situación en la que dicha agresión se produzca. Teniendo en cuenta que la racionalidad del medio no viene predeterminado por normas, lo que da lugar a una flexibilidad al evaluar dicho elemento. Sin embargo, si el medio defensivo que se está utilizando produce graves lesiones sobre el agresor y dichas lesiones son desproporcionadas no podrá considerarse tal medio como necesario y hubiera sido conveniente utilizar un medio menos lesivo²⁸.

Una vez nos hayamos defendido, podemos encontrarnos ante dos situaciones jurídicas. En primer lugar, que el medio empleado haya sido el correcto y por lo tanto, nos encontremos ante una eximente completa. Y en segundo lugar, que el medio empleado haya sido excesivo (aquí nos estamos refiriendo a un exceso intensivo en el medio utilizado) entonces nos encontraríamos con una eximente incompleta, a menos que supuestos como los de miedo insuperable nos permitan aplicar una eximente completa.

3.3 Posibles reformas en la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión: opinión de VOX

Como hemos mencionado anteriormente, la legítima defensa no deja de sufrir cambios, uno de ellos siendo el más novedoso es el querido por el partido político VOX, queriendo hacer un uso más extensivo de esta causa de justificación al haber

²⁷ Véase LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op.cit., pág. 555. Sobre este fundamento también, LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: *Curso de Derecho Penal, parte general 2ª*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 439.

²⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR: *Derecho penal, parte general. Introducción, teoría jurídica del delito*, 2ª, 2016, pág. 229.

sido realizada dicha modificación con anterioridad por el Ordenamiento jurídico italiano.

Dicho partido político propone la modificación del art. 20.4 del CP para eximir de responsabilidad penal a aquellas personas que con necesidad de defensa utilicen armas de fuego en su vivienda habitual cuando dichas viviendas se vean agredidas. La única vía de poder actuar amparado por una causa de justificación utilizando un arma de fuego es según VOX suprimir el segundo requisito inesencial de la legítima defensa es decir, que no se tenga en cuenta la necesidad del medio racional empleado cuando lo que esté siendo atacado sea el domicilio habitual regulado en la Constitución Española (en adelante CE).

Ahora bien, nadie duda de que la legítima defensa es una institución necesaria y que se crean interpretaciones y modificaciones innovadoras que nos permiten seguir avanzando con las nuevas tecnologías y con la sociedad. En cuanto a la opinión de VOX hay que mencionar que estaríamos ante una reforma de todo punto innecesaria ya que no hay que modificar el CP para introducir una propuesta que ya existe. Existe la posibilidad de que un sujeto entre en nuestra vivienda habitual y provoque el fallecimiento del intruso si éste estaba defendiéndose de una legítima defensa. Lo que no puede permitirse es que, aún teniendo una licencia de armas se permita provocar el fallecimiento de un individuo que ocupe el domicilio habitual si éste no está cometiendo una agresión ilegítima actual y por tanto no existe necesidad de defensa.

Por tanto hay que tener en cuenta que, según VOX hay que introducir la posibilidad de poseer un arma de fuego para poder defendernos causando el fallecimiento de aquellos sujetos que invadan nuestro domicilio habitual. Hay por tanto, que puntualizar que el Derecho no exige que el sujeto tenga que diferenciar la causa por la que allanan su domicilio, es decir en el caso de que cause la muerte de uno de ellos porque venían a matarle, estaríamos ante una legítima defensa completa. Ahora bien, en el caso de que invadieran el domicilio con la intención de robar y aún así provocáramos la muerte de uno de ellos, nos encontraríamos en una legítima defensa putativa. Por lo que es una regulación ya existente en el CP en el

caso de que surja una necesidad de defensa y se den los requisitos de la legítima defensa.

En cambio, otra cosa es que en el caso que motivó las declaraciones de VOX no se considerara que se dieran los requisitos de la legítima defensa y por tanto estaríamos dando pie a que los ciudadanos utilizarán a su gusto un arma de fuego. Si se aprobará la propuesta de VOX de utilizar un arma de fuego aún cuando los requisitos de la legítima defensa no se están respetando estaríamos entonces dejando impunes a personas que han cometido delitos muy graves para defender bienes jurídicos que podrían haber sido protegidos de una manera menos gravosa. Y sobre el elemento que nos atañe en dicho trabajo VOX propone que podamos defendernos fuera del domicilio habitual con ciertos instrumentos frente a provocaciones. ¿Podríamos entonces defendernos con “defensas eléctricas, tásers, pistolas de pelotas de goma”²⁹ y otros instrumentos, como menciona VOX, frente a provocaciones excesivas?

El uso de armas de fuego que quiere introducir VOX como novedad en la legítima defensa ha sido mencionado anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia afirmando que estos instrumentos pueden utilizarse si fuera necesario y como último medio. Ahora bien, habría que emplearlos de la manera menos lesiva posible³⁰ es decir, si tuviéramos que hacer uso de armas de fuego habría primeramente que disparar para hacer ruido o para asustar, lo que no sería muy probable que sucediera si todos tuviéramos un arma de fuego en nuestra posesión.

²⁹ VEIGA VACCHIANO, Javier: “Salvini, Vox y la legítima defensa”, *periódico expansión*, 14 de abril, Madrid, 2019.

³⁰ La jurisprudencia admite el disparo mortal como último medio necesario. Como ejemplo estaría el caso en el que el sujeto realizó disparos intimidatorios y aún así el agresor no cesó la agresión.

3.4 Falta de provocación suficiente por parte del defensor

3.4.1 Requisito inesencial y sujetos implicados

La doctrina dominante habla de la falta de provocación suficiente por parte del defensor como un elemento accidental o inesencial por lo tanto, en el caso de que este no esté presente en la legítima defensa podríamos responder por una eximente incompleta. La necesidad de que exista la falta de provocación suficiente nace de la base de que nadie pueda prever una agresión³¹ ilegítima para posteriormente poder ampararse en la legítima defensa.

Los sujetos implicados en este tercer requisito de la legítima defensa son aquellas dos personas que por un lado, uno está siendo agredido y el otro está ejercitando su derecho de defensa. Puede ser por lo tanto, un conflicto bilateral o multilateral como sería el supuesto caso de la riña mutuamente aceptada.

3.4.2 Agresión por parte de un hombre medio

El CP al hablarnos de la provocación suficiente por parte del defensor considera que existe una provocación que es suficiente cuando es adecuada. Por otro lado, el TS define la falta de provocación suficiente como aquella que es adecuada, bastante y proporcionada. Por lo tanto, podemos diferenciar la legítima defensa con otras figuras como por ejemplo la del estado de necesidad dado que la primera exige racionalidad y la segunda figura exige proporcionalidad. Numerosas sentencias hablan de la provocación como lo que excede de lo que un hombre medio debería de

³¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte general del Derecho Penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 538.

soportar³² o puede definirse también como lo que la población calificaría como una conducta agresiva³³.

Es decir, cuando podemos decir que esa provocación es adecuada, bastante y proporcionada para que se excluya este requisito y por lo tanto para que se dé una eximente incompleta. O bien por el contrario cuando podemos decir que no es adecuada y por lo tanto, se daría una legítima defensa completa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que una provocación adecuada, bastante y proporcionada es aquella que hubiera propiciado una reacción agresiva a un número determinado de personas además de que tiene que ser proporcional a la agresión sufrida posteriormente. Este sector doctrinal añade que la provocación tiene que propiciar inmediatamente una agresión afirmando que *“parece que el legislador, al exigir la suficiencia de la provocación, está pensando en una provocación de tal naturaleza, que no se limita a dar motivos para la agresión, sino que la produce inevitablemente”*, así lo define QUINTANO RIPOLLÉS³⁴.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que dicha agresión no puede tampoco ser de tal calibre que propicie en sí misma una agresión ilegítima porque entonces nos encontraríamos en el primer elemento de la legítima defensa y no en el tercero³⁵. Como menciona GÓMEZ BENITEZ, *“se trata de estirar de tal manera la provocación que no se convierta en sí misma en una agresión, pero que se considere suficiente para poder ser etiquetada como provocadora”*.

A este concepto de provocación hay que sumarle el hecho de que tiene que ser anterior a la agresión es decir no puede existir una agresión ilegítima y posteriormente una provocación por la persona que está ejercitando su derecho de defensa. Estaríamos refiriéndonos en este caso a la teoría de la adecuación en cuanto a que tiene que existir un nexo causal entre la provocación y la agresión ilegítima

³² DÍAZ PALOS, F: STS de 17 de octubre de 1989, *periódico expansión*, 14 de abril, Madrid, 2019.

³³ JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *La exclusión de la responsabilidad criminal, estudio jurisprudencial penal y procesal, 1ª edición*, edit. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 34.

³⁴ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, A: *Curso de derecho penal*. Núm. I, 1963, pág. 374; Así mismo, PATERNOSTRO MAGALDI, María José: *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, edit. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 159 y ss.;

³⁵ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría jurídica del delito, derecho penal, parte general*, edit. Civitas, 1988.

sufrida. Además, el TS ha querido insistir diciendo que no es la base de la provocación el hecho de que tenga que ser una conducta ilícita es decir, que la provocación puede estar motivada por la contradicción de normas éticas que se aceptan en un momento preciso de la historia³⁶. Esta opinión del TS da lugar a muchos debates dado que se estaría dando a entender que la subjetividad de la falta de provocación suficiente es aún mayor de la que constatábamos anteriormente.

4. SUFICIENCIA EN LA PROVOCACIÓN: INTERPRETACIONES DOCTRINALES

4.1 Provocación dolosa e imprudente

Como hemos dicho anteriormente, según el CP la provocación tiene que ser adecuada para que se considere que esta ha sido suficiente. Se pronuncia del mismo modo la jurisprudencia confirmando que no es lo mismo “provocar” que “dar motivo u ocasión”³⁷. Ahora bien, no nos da más información que la mencionada anteriormente. Por ello, se suscitan numerosos debates³⁸ que siguen a lo largo del tiempo sobre que es considerado como suficiente o como adecuado. Según GIMBERNAT³⁹ la cuestión relativa a la provocación suficiente por parte del defensor no ha sido tratada por el Ordenamiento jurídico español de manera satisfactoria.

En un primer caso la doctrina mayoritaria hace una primera diferencia en este tercer elemento. Por un lado, se considera que la provocación puede al igual que el

³⁶ El TS se ha pronunciado diciendo que las simples discusiones del día a día no se consideran como provocaciones.

³⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L; y COLINA OQUENDO, P: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, op.cit., pág. 89.

³⁸ Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, edit. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1979.

³⁹ Apuntes.

propio delito adoptar dos posturas, puede ser dolosa o bien puede ser imprudente⁴⁰. Considerando que si nos encontramos ante una provocación dolosa ésta sería suficiente y por lo tanto no podríamos recurrir a una causa de justificación completa. En cambio, si dicha provocación fuera imprudente el debate se desglosa en dos vertientes, la provocación imprudente consciente y la provocación imprudente inconsciente.

Como hemos dicho anteriormente existen dos tipos de provocación imprudente definidos por IGLESIAS RÍO⁴¹. Por un lado, la provocación imprudente consciente es decir que existe una probabilidad de que el sujeto que está provocando sepa en un mínimo porcentaje que está arrastrando al provocado a cometer una agresión ilegítima. Y por otro lado, la imprudencia inconsciente es decir que el sujeto que está provocando no se le ha pasado por la cabeza la opción de que pueda surgir de tal provocación una agresión ilegítima. Ahora bien, según este autor si la provocación es imprudente podría aplicarse una eximente incompleta de la legítima defensa. Sin embargo, si la provocación es dolosa no podríamos aplicar ni si quiera una eximente incompleta dado que no estaríamos protegidos por el Ordenamiento jurídico al haber propiciado voluntariamente la agresión ilegítima. Entraríamos entonces en el debate, de cuando hay que considerar una provocación como dolosa y cuando hay que considerarla como una imprudencia.

Según la Profa. POMARES, una provocación imprudente que a la vez trata el comportamiento inconsciente del individuo se define como aquella provocación en la que es previsible una reacción agresiva del provocado pero no se advierte que con certeza la provocación debe desencadenar un comportamiento agresivo. En cuanto a la provocación imprudente consciente se manifiesta como aquel comportamiento que es posible por parte del provocado pero que se espera o se confía en que este no

⁴⁰ Consideración que se adopta con anterioridad en la doctrina alemana, teniendo en cuenta además del dolo y la imprudencia, la intencionalidad y el caso fortuito.

⁴¹ Véase IGLESIAS RÍO, M: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999. Según este autor, “*El provocador arrastra al provocado a una agresión ilegítima reconociendo tal posibilidad pero sin aceptarla como probable* (provocación con imprudencia consciente), *o bien sin quererlo, pero debiendo haber previsto la reacción agresiva del provocado*” (provocación con imprudencia inconsciente).

sucedan⁴². Ahora bien, el hecho de encontrarse con una provocación dolosa penaliza el hecho de que se está preparado para dicha agresión dado que ha sido causada voluntariamente por lo que se tendría que utilizar un medio de defensa aún más racional que lo que convendría en una legítima defensa perfecta.

Parece adecuado entonces, admitir que tanto las provocaciones dolosas como las provocaciones imprudentes entren dentro de la suficiencia que se pide en la provocación. Por lo tanto, siempre y cuando la provocación sea anterior a la agresión ilegítima causada la necesidad de defensa se verá amparada por el Ordenamiento jurídico.

4.2 Provocación antijurídica

En un segundo caso, se diferencia qué pasaría si la falta de provocación es contraria a Derecho o no lo es. Es decir, si nos encontramos ante una conducta antijurídica o no.

En el caso de que se aceptara que no es necesario que la conducta para ser provocadora sea ilícita estaríamos entrando en el ámbito de las costumbres personales y el abanico de supuestos casos de provocación sería mucho más amplio hay igual que sería más difícil limitar los casos de provocación dado que entrarían en juego las percepciones de cada uno. Por lo tanto, la provocación debe depender únicamente de elementos objetivos, elementos que serían provocadores para cualquier persona.

Por ello, aquél que está actuando cometiendo un acto contrario a Derecho no puede ampararse en el Ordenamiento jurídico para su defensa posterior. Algunos autores como MIR PUIG⁴³ consideran que una provocación es suficiente cuando esta es intencional y en tal caso no tendría derecho a una defensa posterior. Ahora

⁴² Según POMARES CINTAS, Esther: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 571.

⁴³ MIR PUIG, S: *Derecho penal, parte general*, op.cit., pág. 455.

bien, para referirnos a una conducta intencional estaríamos hablando en realidad de una conducta ilícita. En cambio, hay quienes opinan que no hay necesidad de que la provocación sea antijurídica y basta con el simple hecho de la consciencia de la persona y de que se esté buscando dicha provocación.

Para otros autores, como DÍAZ PALOS⁴⁴ que analizan la provocación de manera muy restrictiva el hecho de que se esté cometiendo un acto ilícito no solo crea la ausencia del tercer elemento de la legítima defensa sino que algunos llegan a decir que el requisito que falta es el del ánimo de defenderse y en este caso entraríamos en un debate sobre el elemento subjetivo de la legítima defensa.

Otros autores, como sería el caso de IGLESIAS RÍO⁴⁵ se contraponen en cierta medida a la opinión de que una provocación tiene que ser causada por una conducta ilícita porque al igual que si dejamos entrar al elemento subjetivo el abanico de posibles provocaciones sería inmenso, si cerramos tanto las posibilidades van a haber muchos casos que son desde su punto de vista provocaciones pero no se están teniendo en cuenta.

4.3 Provocación ilegítima

Según LUZÓN PEÑA⁴⁶, este tercer requisito será suficiente cuando la provocación sea de tal volumen o importancia que sea capaz de transformar una legítima defensa en ilegítima. Estos casos son los más numerosos en la práctica dado que nos estamos refiriendo a supuestos como sería la riña mutuamente aceptada. Para este autor⁴⁷ la riña mutuamente aceptada es el único supuesto en el que no existe el tercer requisito de la legítima defensa entendiendo entonces que nunca podrá alegarse una legítima defensa completa. Por lo que, según su punto de vista estaríamos ante una legítima defensa ilegítima dado que estaríamos dando por

⁴⁴ DÍAZ PALOS, F: *La legítima defensa: estudio técnico-jurídico*, op.cit., pág. 72.

⁴⁵ Véase IGLESIAS RÍO, M: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op.cit., pág. 447.

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op.cit., pág. 568.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, *Ibid.*, pág. 569.

supuesto que no queremos una protección del Ordenamiento jurídico español, sino que estamos protegiendo nuestros intereses y derechos de forma interna y privada lo que vendría a denominarse como la autotutela.

Por otro lado, VIZUETA FERNÁNDEZ⁴⁸ corrige la interpretación realizada por LUZÓN PEÑA afirmando que desde su punto de vista si nos encontramos ante una riña mutuamente aceptada pero el defensor no logra defenderse desde un primer momento nos encontraríamos ante una lucha no deseada y por lo tanto no habríamos descartado la protección del Ordenamiento jurídico en su totalidad.

Según autores como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁴⁹ no sería posible apreciar una legítima defensa en los casos mencionados anteriormente y por lo tanto si se ha causado intencionalmente un acto ilícito contra la persona que está provocando dicha agresión ilegítima no podría aplicarse una eximente incompleta.

4.4 Comparaciones con Códigos extranjeros

Tanto en nuestro país como en países Iberoamericanos⁵⁰ el CP además de presenciar los elementos esenciales para apreciar la legítima defensa habla un tercer requisito siendo éste la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Dicho elemento más bien subjetivo sigue sin estar totalmente definido dado que hay muchos países que ni si quiera lo tienen en cuenta para apreciar una legítima defensa completa como serían Alemania e Italia.

Ahora bien, aunque exista una provocación causada por el defensor eso no significa que éste no pueda seguir defendiéndose frente a un ataque. El defensor

⁴⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge en ROMEO CASABONA; Carlos María SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel-Ángel: *Derecho penal, parte general, Introducción, teoría jurídica del delito*, 2ª edición, edit. Comares, Granada, 2016, pág. 231.

⁴⁹ Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 9, 2015, 351: “No debe apreciarse legítima defensa, sin embargo, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa (*actio illicita in causa*)”.

⁵⁰ La falta de provocación suficiente, como presupuesto de la legítima defensa, está previsto en los Códigos Penales de Panamá, Argentina, Venezuela, Ecuador, Chile, Uruguay, Perú y Puerto Rico, en los mismos términos que lo hace nuestro Código.

tendrá el mismo derecho a repelerla que cualquier otra persona que no haya causado dicha provocación. Sin embargo, tendrá que asumir una pena (en principio no completa) al haber creado la ausencia de un elemento accidental.

Según ciertos autores, hay que tener en cuenta la manera en la que surge dicha provocación dado que no es lo mismo crear una provocación con premeditación únicamente con el objetivo de poder lesionar al atacante bajo una supuesta situación de legítima defensa que aquellos supuestos en los que el defensor provocó sin darse cuenta. Hay que tener en cuenta que aunque estemos en un tema de discusión en el que no existe un concepto asentado de la provocación suficiente no podemos dejarnos llevar por las posiciones extremas es decir, tenemos que descartar todas aquellas conductas que conlleven a una reacción agresiva dado que no por existir una violencia tiene que haber una provocación anterior.

Además de descartar del mismo modo, que una provocación sea en sí misma una conducta de agresión dado que ya no estaríamos ante una provocación seguida de una defensa estaríamos directamente ante una agresión ilegítima en la que tendría que considerarse al supuesto agresor como aquella persona que tiene que defenderse. Dado que en este último caso estaríamos invirtiendo los papeles y sería el provocado el que estaría actuando en una situación de legítima defensa si repele dicha agresión.

Fuera de estos casos en los que el defensor ha causado prácticamente su agresión premeditadamente. Tenemos los casos más comunes que son aquellos en los que hay un detonante que es una provocación a la otra persona y que crea por lo tanto una agresión ilegítima de la cuál el defensor está totalmente habilitado para defenderse. Los casos más comunes que encontramos son las injurias. En estos casos como hemos mencionado anteriormente, no puede excluirse la defensa ni tampoco pueden excluirse los beneficios de la exención en su totalidad pero sí que pueden rebajarse dichos beneficios.

5. LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN LA RIÑA MUTUAMENTE ACEPTADA

5.1 Interpretaciones doctrinales de la riña mutuamente aceptada

La riña es un tema que ha venido suscitando muchos debates en cuanto a este tercer requisito inesencial de la legítima defensa. La riña mutuamente aceptada tenemos que analizarla en primer lugar dentro del primer requisito de la legítima defensa, la agresión ilegítima actual. Tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria presencian la ausencia de este primer requisito en reiteradas ocasiones al no existir una agresión ilegítima actual dado que esta proviene de ambas partes, o bien al constatar que esta ha sido provocada. Por lo que la Sala Segunda del TS se ha pronunciado diciendo que “no es posible apreciar la existencia de una agresión ilegítima en supuestos de riña mutuamente aceptada, porque los contendientes se sitúan al margen de la protección penal”⁵¹.

Hay también quienes opinan que, de acuerdo con nuestro CP las conductas realizadas en una riña mutuamente aceptada siguen siendo agresiones ilegítimas pero el hecho de que estas hayan sido previamente provocadas o consentidas excluye la posibilidad de ampararse en una legítima defensa tanto incompleta como atenuante⁵².

Esta posición está defendida desde dos argumentaciones. Por un lado, no puede considerarse ilegítima una agresión que está siendo recíprocamente aceptada y por otro lado no cabe tampoco su ilegitimidad dado que es una conducta provocada y esperada. En cambio, muchos autores han llegado a pensar que sería incoherente decir que una agresión en una riña mutuamente aceptada no es una conducta ilegítima dado que genera un delito de lesiones regulado en el art. 153 CP y la propia riña está regulada en el art. 154 CP. Por lo que se ha llegado a constatar que sí que son conductas antijurídicas aunque sean provocadas, esperadas y aceptadas pero carecerán de necesidad de defensa.

⁵¹TS, en su STS núm. 363/2004, de 17 de marzo.

⁵² Véase JIMÉNEZ SEGADO, C: *La exclusión de la responsabilidad criminal*, op.cit., pág. 30.

Hay quienes opinan que el hecho de que exista una riña no quiere decir que se haya aceptado dicha riña o se haya provocado para que esta sucediera. Nos encontraríamos en los casos en los que una de las partes se defiende para conservar su integridad física. Si observamos la riña mutuamente aceptada desde este punto de vista hay que pararse a pensar si sería posible ampararse en una causa de justificación como la legítima defensa dado que se está protegiendo un bien jurídico defendible.

Existen muchas opiniones ante este debate entre la primera posibilidad en la que se excluye la legítima defensa y la segunda en la que se habilitaría.

Hay autores como por ejemplo LUZÓN PEÑA⁵³, que opinan que una riña es siempre mutuamente aceptada y por ello es el único supuesto en el que se podría excluir completamente el tercer requisito de la legítima defensa. Para este autor el Ordenamiento jurídico español no se ve capacitado para entrometerse en las relaciones internas o privadas de los individuos por lo tanto no se puede pedir al Derecho que proteja al individuo de una agresión que en un primer lugar ha querido provocar y en segundo lugar ha participado. Sin embargo, realza también la posibilidad de que al igual que se puede consentir una riña y que por lo tanto no se está protegido por el Ordenamiento jurídico también se puede en cualquier momento dejar de consentirla por lo que se estaría *“mostrando así voluntad de retorno a la legalidad”*⁵⁴.

Hay otros autores como sería el caso de VIZUETA FERNÁNDEZ⁵⁵, que consideran que únicamente hay una riña consentida y por lo tanto se está

⁵³ LUZÓN PEÑA, D: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op.cit., pág. 568.

⁵⁴ La opinión del autor LUZÓN PEÑA sobre el retorno a la legalidad se basa en que, *“este criterio, en principio correcto, se deberá contemporizar teniendo en cuenta las características del acto de aceptación, pues en el marco de una riña una concreta agresión puede superar los límites mutua y libremente aceptados, abandonando el ámbito de la provocación”*.

⁵⁵ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge en ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel-Ángel: *Derecho penal, parte general, Introducción, teoría jurídica del delito*, op.cit., pág. 231: Considera que no estamos ante una riña mutuamente aceptada, o que hemos retornado al aspecto de legalidad y protección del Ordenamiento jurídico cuando, *“el defensor no*

excluyendo por la propia voluntad del sujeto la protección del Ordenamiento jurídico cuando este sea capaz de repeler la agresión ilegítima. Es decir, que si se provoca a un individuo pero finalmente la persona que ha causado dicha provocación se ve inmiscuido en una riña que en un primer momento fue aceptada pero ya no se tiene capacidad de defensa se estaría entonces volviendo al ámbito de la legalidad y actuando amparado por una causa de justificación.

Por lo que llegamos a la conclusión de que dependerá de los casos concretos el hecho de poder ampararse en una causa de justificación o no. Tenemos el caso en el que uno de los sujetos que está participando en la riña tiene la intención de no continuar con ella por lo que está revocando su consentimiento y con ello volviendo a la posibilidad de estar amparado por la legítima defensa en las próximas agresiones que reciba⁵⁶. Por lo que uno se puede amparar en dicha causa de justificación únicamente cuando se hayan modificado las condiciones a las que se había aceptado exponerse. Es decir, que surjan nuevas actuaciones por una de las partes que no hubieran sido previamente consentidas, en ese caso podrá aplicarse una legítima defensa.

5.2 La *actio illicita in causa* en la riña mutuamente aceptada

Según autores como LUZÓN PEÑA⁵⁷, es imprescindible hablar de la *actio illicita in causa* para conocer mejor el supuesto específico de la riña mutuamente aceptada. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿sería posible imputar a una persona un hecho delictivo cuando no existe acción ni culpabilidad por el hecho de haber cometido con anterioridad una conducta provocadora que ha causado un resultado final delictivo?

El hecho de que el resultado final esté amparado por una causa de justificación hace que aunque estuviera causado por una conducta delictiva anterior estaría en sí

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”.

⁵⁶ Véase LUZÓN PEÑA, D: *Lecciones de Derecho Penal*, op.cit., pág. 401.

⁵⁷ Según LUZÓN PEÑA, D: *Lecciones de Derecho Penal*, Ibíd., pág. 441.

misma permitida. Es decir, que no estaríamos ante un supuesto antijurídico. Ahora bien, si anteriormente ha sido el propio sujeto el que ha causado injustificadamente la situación de justificación para poder ampararse en ella estaríamos entrando en un debate entre sí podría o no ampararse en dicha causa de justificación.

Según la doctrina, la respuesta se mantendría afirmando que dado que se ha creado la colisión de dos bienes jurídicos al haber provocado la causa de justificación no se le puede impedir al sujeto que mantenga la protección de los bienes jurídicos⁵⁸, pero sí se le podría privar de una posterior protección del Ordenamiento jurídico y por lo tanto tendría que responder penalmente de dicha conducta provocadora anterior que no causó en sí el resultado pero que motivó que este sucediera. Por lo que estaríamos sustituyendo la conducta anterior provocadora que era antijurídica a la posterior que no siendo antijurídica ha desencadenado un resultado delictivo es decir, que la actividad que en sí misma no es prohibida adquiere la prohibición de la primera al haber sido provocada dolosamente.

Sin embargo, hay que reconocer por otro lado que hay ciertos casos que se exceptúan a esta regla como sería la riña mutuamente aceptada. Por lo que, pese a la provocación típica que en cualquier otro caso estaría castigada, en estos casos está amparada por la causa de justificación porque estamos hablando de una antijuridicidad *in actu* es decir, que no tendríamos la necesidad de que existiera una antijuridicidad anterior porque el acto en sí es delictivo. En este caso excepcional que es la riña mutuamente aceptada el provocador sigue teniendo el derecho de defenderse aunque haya realizado una provocación imprudente, dolosa o intencionada⁵⁹. Ahora bien, si todos los partícipes de la riña aceptan que se está celebrando por voluntad propia estarán renunciando a la protección del Ordenamiento jurídico español y por ello no estarán legitimados a la defensa que este Ordenamiento jurídico ofrece. En cambio, aquel partícipe que se vea inmiscuido y que no haya tenido la voluntad de participar en dicha riña sí que se

⁵⁸ Bienes jurídicos defendibles que no pueden ser negados a ninguna persona, por lo que, aunque provoques una causa de justificación para poder agredir, podrás defenderte en legítima defensa, pero se responderá por el resultado de la legítima defensa, al haber producido la colisión de dos bienes jurídicos intencionadamente.

⁵⁹ Una provocación intencionada, es una provocación buscada por el sujeto para poder agredir y estar protegido por una causa de justificación.

verá protegido por el Ordenamiento jurídico al haber sufrido o estar sufriendo un delito de lesiones regulado en el art. 153 de nuestro CP.

Finalmente hay que decir que según LUZÓN PEÑA⁶⁰ la actuación voluntaria y consciente así como consentida de un sujeto no puede encontrarse amparada en la legítima defensa dado que se está cometiendo un acto en sí antijurídico que en ningún momento deja de serlo⁶¹ y que finaliza con un resultado típico por el que tendrán que responder los participantes de dicha riña.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo con un sentir generalizado no actúa conforme a Derecho la persona que se defiende de una agresión ilegítima habiéndola previamente provocado intencionadamente. La necesidad de que exista la falta de provocación suficiente nace de la base de que nadie pueda prever una agresión ilegítima para posteriormente poder ampararse en la legítima defensa.

SEGUNDA: Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la falta de provocación tiene que ser adecuada, bastante y proporcionada. Es decir que es aquella que hubiera propiciado una reacción agresiva a un número determinado de personas.

TERCERA: Parece adecuado entonces, admitir que tanto las provocaciones dolosas como las provocaciones imprudentes entren dentro de la suficiencia que se pide en la provocación. Por lo tanto, siempre y cuando la provocación sea anterior a

⁶⁰ Sobre este fundamento, LUZÓN PEÑA, D: “*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Núm. 47, 1994, págs. 61-86.

⁶¹ En los supuestos generales que hemos mencionado anteriormente de una causa antijurídica deriva una acción que no es antijurídica o una falta de culpabilidad que desencadena un resultado típico. Pero constatamos que entre medias de toda la cadena delictiva hay un momento en el que no se está cometiendo un delito por ello, según LUZÓN PEÑA hay ciertos casos en los que debido a esta situación se puede uno amparar en una causa de justificación. Ahora bien, en el caso de la riña en ningún momento el hecho deja de ser antijurídico para luego volver a serlo sino que directamente es antijurídico en su totalidad por ello, al ser consentido y voluntario no se puede alegar la defensa posterior al Ordenamiento jurídico.

la agresión ilegítima causada, la necesidad de defensa se verá amparada por el Ordenamiento jurídico.

CUARTA: Numerosos autores analizan la provocación de manera muy restrictiva y el hecho de que se esté cometiendo un acto ilícito no solo crea la ausencia del tercer elemento de la legítima defensa sino que algunos llegan a decir que el requisito que falta es el del ánimo de defenderse.

QUINTA: El individuo se encuentra ante una provocación ilegítima cuando da por supuesto que no quiere una protección del Ordenamiento jurídico penal español sino que está protegiendo sus intereses y derechos de forma interna y privada, lo que vendría a denominarse como la autotutela.

SEXTA: Además de descartar del mismo modo que una provocación sea en sí misma una conducta de agresión dado que ya no estaríamos ante una provocación seguida de una defensa estaríamos directamente ante una agresión ilegítima en la que tendría que considerarse al supuesto agresor como aquella persona que tiene que defenderse.

SÉPTIMA: Hay autores que opinan que una riña es siempre mutuamente aceptada y por ello, es el único supuesto en el que se podría excluir completamente el tercer requisito de la legítima defensa. Realzan también la posibilidad de que al igual que se puede consentir una riña y que por lo tanto, no se está protegido por el Ordenamiento jurídico también se puede en cualquier momento revocar el consentimiento.

OCTAVA: Hay otros autores que consideran que únicamente hay una riña consentida y por lo tanto se está excluyendo por la propia voluntad la protección del Ordenamiento jurídico cuando se sea capaz de repeler la agresión ilegítima.

NOVENA: Dado que ha creado la colisión de dos bienes jurídicos al haber provocado la causa de justificación no se puede impedir al sujeto que mantenga la protección de los bienes jurídicos pero sí se le podría privar de una protección posterior y por lo tanto, tendría que responder penalmente de dicha conducta

provocadora anterior que no causó en sí el resultado pero que motivó que este sucediera.

DÉCIMA: Pese a la provocación típica que en cualquier otro caso estaría castigada en estos casos está amparada por la causa de justificación porque estamos hablando de una antijuridicidad *in actu* es decir, que no tendríamos la necesidad de que existiera una antijuridicidad anterior porque el acto en sí es delictivo.

ÚNDECIMA: Pensamos que es adecuada *de lege data* una modificación del CP que zanje el debate existente. Consideramos necesario que se precisen los contornos de la falta de provocación en el propio art. 20 CP para que pueda ser considerada suficiente.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José: “Antijuridicidad y causas de justificación”, *Nuevo Foro Penal*, Núm. 67, 2005.

DÍAZ PALOS, Fernando: *La legítima defensa: estudio técnico-jurídico*, edit. Bosch, Barcelona, 1971.

ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier: “El aspecto subjetivo en las causas de justificación”, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, edit. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1979.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: *Teoría jurídica del delito, derecho penal, parte general*, edit. Civitas, Madrid, 1988.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, edit. Comares, Granada, 1999.

ITURRALDE SESMA, Victoria: “Consideración crítica del principio de permisión según el cual lo no prohibido está permitido”, *Anuario de filosofía del derecho*, Vol. XV, País Vasco, 1998.

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: *La exclusión de la responsabilidad criminal, estudio jurisprudencial penal y procesal, 1ª edición*, edit. Dykinson, Madrid, 2003.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel: *Curso de Derecho Penal, parte general 2ª*, edit. Dykinson, Madrid, 2015.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª Edición, edit. B de F, 2002.

MIR PUIG, Santiago: “La perspectiva ex ante en Derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Núm. 36, Barcelona, 1983.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Reppertor, Barcelona, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *La legítima defensa del derecho penal*, edit. Dykinson, Madrid, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, *Revista penal*, núm. 24, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría General del Delito*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

NAZARENA CASTELLUCCIO, María: “La valoración de los elementos objetivos de las causas de justificación”, *Revista Intercambios*, núm. 18 de la Especialización en Derecho Penal, 2019.

PATERNOSTRO MAGALDI, María José: *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, edit. Bosch, Barcelona, 1976.

POMARES CINTAS, Esther: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Curso de derecho penal*, edit. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte general del Derecho Penal*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y COLINA OQUENDO, Pedro: *Código penal: concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, edit. La Ley/Grupo Kluwer, Madrid, 2007.

ROJO ARANEDA, Mario Guillermo: “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 66, Santiago de Chile, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel-Ángel: *Derecho penal, parte general, Introducción, teoría jurídica del delito*, 2ª edición, edit. Comares, Granada, 2016.

SANZ MORÁN, Ángel José: “Teoría General de la Justificación”, *Revista Penal*, núm. 5, Argentina, 2008.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “¿Es posible reaccionar en Legítima Defensa Frente al Ejercicio Irregular de la Actividad Sindical?”, *Revista de Derecho*, Núm. 25, Salamanca, 1993.

LEGISLACIÓN

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal, (BOE núm. 281, de 24 de noviembre).

JURISPRUDENCIA

ESPAÑA: Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia núm. 149/2003, de 4 de febrero de 2003.

ESPAÑA: Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia núm. 363/2004, de 17 de marzo de 2004.

ESPAÑA: Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia núm. 900/2004 de 12 julio 2004.

ESPAÑA: Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia núm. 64/2005, de 26 de enero de 2005.

ESPAÑA: Tribunal Supremo (Sala Segunda), Sentencia núm. 111/2019, de 5 de marzo de 2019.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

“Causas de justificación”, *Enciclopedia jurídica*. Recurso on-line, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/causas-de-justificación/causas-de-justificación.htm> (última consulta: 10 de abril de 2020).

“Legítima defensa”, *Guías jurídicas, Wolters Kluwer*. Recurso on-line, disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoALbaveDUAAAA=WKE (última consulta: 14 de abril de 2020).

Real Academia Española: *Diccionario del español jurídico*, 2019. Recurso on-line, disponible en: <https://dle.rae.es/provocación> (última consulta: 12 de abril de 2020).

VEIGA VACCHIANO, Javier: “Salvini, Vox y la legítima defensa”, *periódico expansión*, 14 de abril 2019. Recurso on-line, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/04/14/salvini-vox-y-la-legitima-defensa/> (última consulta: 23 de abril de 2020).

VELA MOURIZ, ANA: “¿Cuándo puede un juez considerar que alguien ha actuado en legítima defensa?”, *El País*, 14 de marzo 2018. Recurso on-line, disponible en: https://elpais.com/economia/2018/03/14/mis_derechos/1521036497_421699.htm
1 (última consulta: 18 de abril de 2020).