



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/2020**

**LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE
NECESIDAD. ANÁLISIS COMPARATIVO DE SUS
ELEMENTOS.**

**SELF DEFENSE AND STATE OF NEED.
COMPARATIVE ANALYSIS OF ITS ELEMENTS.**

GRADO EN DERECHO

AUTOR: D. ALBERTO FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ
TUTOR: D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
COTUTOR: D. LUIS MIGUEL RAMOS MARTÍNEZ

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	1
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.....	3
<i>ABSTRACT AND KEY WORDS</i>	4
OBJETO DEL TRABAJO	5
METODOLOGÍA.....	7
LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD: ANÁLISIS COMPARATIVO DE SUS ELEMENTOS	
1. INTRODUCCIÓN: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	9
2. LEGÍTIMA DEFENSA.....	15
3. ESTADO DE NECESIDAD	20
4. COMPARATIVA ENTRE LOS REQUISITOS DE AMBAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	25
4.1. REQUISITOS ESENCIALES.....	25
4.1.1. Agresión ilegítima vs. situación de necesidad.....	25
4.1.2. Defensa vs. acción salvadora.....	31
4.2. REQUISITOS INESENCIALES	39
4.2.1. Proporcionalidad	39
4.2.2. Necesidad racional del medio defensivo vs. necesidad del concreto medio salvador; subsidiariedad.....	43
4.2.3. Falta de provocación suficiente vs. falta de provocación intencional	47
4.2.4. Falta de obligación de sacrificio.....	49
5. ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO.....	51
6. ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	54
CONCLUSIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA	59
ANEXO: CUADRO COMPARATIVO.....	63

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

art(s).	artículo(s)
AD	Anales de Derecho [Revista]
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [Revista]
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español [Revista]
CE	Constitución española
coord(s).	coordinador/a(es/as)
CP	Código Penal
doc. dom.	doctrina dominante
dir(s).	director/a(es/as)
DP	Derecho penal
DPC	Derecho penal y Criminología [Revista]
ed(s).	editor/a(es/as) - edición
fasc.	fascículo
InDret	Revista para el análisis del Derecho
JD	Jueces para la Democracia [Revista]
LJ	Letras Jurídicas: Revista electrónica de Derecho
LO	Ley Orgánica
n.	nota
n.º	número
n. m.	número marginal
NV	Nova et Vetera [Revista]

PCrim.	Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales
p. ej.	por ejemplo
PG	Parte general
RD	Revista de Derecho
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias penales: Ciencias sociales y políticas
REJ	Revista de Estudios de la Justicia.
RIP	Revista Ius et Praxis
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RP	Revista Penal
RPM	Revista Penal de México
RPyE	Revista Política y Estrategia
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal
STS	Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo
TFG	Trabajo de fin de Grado
TR	Texto refundido
TS	Tribunal Supremo
v.	veáse
vol.	volumen

RESUMEN

La defensa de los bienes jurídicos por parte del Estado es una máxima en todo Estado social y democrático de Derecho, pero cuando dicha defensa no puede ser llevada a cabo por los agentes encargados de ella, se producen las situaciones que dan pie a la aparición de la legítima defensa y el estado de necesidad.

Contenidas en el art. 20. CP (apartados 4.º y 5.º), ambas figuras eximen de responsabilidad criminal al sujeto activo que actúa bajo su amparo, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos que ambas eximentes exigen; o conllevan una importante rebaja de la pena si falla alguno de los inesenciales.

En la elaboración de este trabajo se ha pretendido hacer un análisis de ambas causas de justificación y, posteriormente, una comparación entre la legítima defensa y el estado de necesidad, así como de los requisitos que ambas precisan para que se pueda acudir a ellas. También se ha querido abordar, en menor medida, los excesos que pueden negar la aparición de la legítima defensa en determinados casos.

Por otro lado, me parece interesante el estudio de estas dos figuras poniéndolas en relación con algunos casos recientes, y otros no tanto, que han dejado patente la dificultad de apreciar estas dos eximentes y el debate social que crean entre la población leiga en derecho penal.

PALABRAS CLAVE

Acción salvadora, agresión ilegítima, causas de justificación, defensa, Derecho penal, estado de necesidad, estado de necesidad defensivo, exceso extensivo, exceso intensivo, eximente, eximente incompleta, falta de obligación de sacrificio, falta de provocación intencional, falta de provocación suficiente, legítima defensa, legítima defensa putativa, necesidad racional del medio, proporcionalidad, situación de necesidad, subsidiariedad.

ABSTRACT

The defence of legal protected interest by the State is a maxim in every democratic state and of law, but when such defense cannot be carried out by the agents in charge of it is when the situations that give rise to the appearance of the legitimate defense and the state of need.

Contents in Article 20. 4th and 5th of the CP both figures allow the exemption of the taxable person who accepts them from their criminal liability, provided that the conditions which they are both required are met.

The preparation of this work has sought to make an analysis of both causes of justification and subsequently a comparison between the legitimate defence and the state of need, as well as the requirements that both require to make them possible. It has also been in the sought to address, to a lesser extent, the excesses that may deny the emergence of the legitimate defence in certain cases.

On the other hand, I find it interesting to study these two figures by putting them in relation to some recent cases, and others not so much, that have made clear the difficulty of appreciating these two exemptions and the social debate they create among the legal population in criminal law.

KEYWORDS

Extensive excess, illegitimate aggression, intensive excess, lack of provocation, legitimate defense, legitimate putative defense, proportionality, rationality in defense, reasons of justification, saving action, state of defensive need, state of need.

OBJETO DEL TRABAJO

Con la realización de este trabajo no se pretende aportar nuevos conocimientos sobre la legítima defensa o el estado de necesidad (no es ese el objeto de los TFG y ya se ha escrito mucho y mejor sobre ello), pero si quería aportar un análisis cercano y sencillo para entender a estas dos figuras del Derecho penal.

Desde que existen las civilizaciones y la ley del «ojo por ojo» dejó de ser la herramienta empleada para vengar un ataque personal, la necesidad de establecer y acotar unas reglas en el empleo de la defensa propia ha sido primordial para evitar una sociedad vengativa y en la que prevaleciese la ley del más fuerte. Bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual o la propiedad están bajo el manto protector del Estado y por medio de ese contrato social los ciudadanos no tienen que preocuparse de su defensa, pero ¿qué sucede cuando no es así? Por desgracia o suerte el Estado no es omnipresente y es ahí donde entran en juego estas dos causas de justificación que amparan esos actos de defensa o salvación llevados a cabo por las víctimas o terceros que de otro modo supondrían la comisión de un tipo penal.

Parece que todos tenemos claro lo que supone actuar en legítima defensa y, en ocasiones, actuamos amparados por un estado de necesidad (aunque no conscientes de lo que significa); pero lo que desconocemos, salvo expertos en la materia, es qué requisitos deben cumplirse para estar cubiertos al cien por cien por estas dos causas de justificación.

En primer lugar, expondré un breve análisis sobre las causas de justificación para, a continuación, detenerme más en cada una de ellas, sin extenderme mucho, pero dando unas pinceladas y algunos datos históricos que me parecieron interesantes en relación a la legítima defensa. La parte gruesa o central del trabajo consistirá en un estudio más detallado de cada requisito exigido en ambas, comparando entre sí los que tienen un significado paralelo (resaltando, asimismo, cuáles se consideran esenciales y cuáles no, lo cual tienes enorme relevancia a la hora de apreciar la eximente completa o incompleta).

Seguidamente, me detendré en la no tan conocida figura del estado de necesidad defensivo, que tantas veces se confunde con la legítima defensa, e intentaré identificar las diferencias entre ambas. Para finalizar, me centrare en los errores sobre las causas de justificación, causantes de tantas controversias y debates a la hora de apreciar o no las eximentes.

Recientemente han salido noticias y sentencias que han puesto en boca de políticos, periodistas y gente con escasos conocimientos en la materia, la necesidad de modificar o endurecer la legislación en materia penal en relación a la legítima defensa. Es por ello que me parece apropiado abordar ahora este tema, estudiando qué requisitos se deben cumplir y en qué errores no se puede caer si realmente queremos actuar bajo dichas causas de justificación.

METODOLOGÍA

Desde el primero momento tenía claro que el TFG que iba a realizar se encuadraría dentro del ámbito del Derecho penal. Tras hacer una lista de temas de actualidad, delitos y cuestiones relacionadas con la parte general y especial del Derecho penal, acudí a ver al Catedrático del Área de Derecho penal, el Prof. Dr. *Dres. h. c.* D. Miguel Díaz y García Conlledo con el propósito de que fuera el tutor de mi trabajo y comentarle alguna de las opciones que barajaba. Tras descartar algunos temas debido a que ya habían sido desarrollados en años inmediatamente anteriores o porque había un amplio número de alumnos que ya los habían escogido, me decanté por la legítima defensa y, a propuesta de mis tutores (puesto que se unió como cotutor el Investigador Predoctoral Contratado D. Luis Miguel Ramos Martínez), el estado de necesidad, con el propósito de hacer una comparativa y análisis de ambas causas de justificación.

Acudí, como el resto de compañeros cuyo TFG versaba sobre materias de Derecho penal, a la reunión organizada por el Área, impartida por la Prof.^a Titular (acreditada Catedrática) Dra. Dña. María Anunciación Trapero Barreales y la Prof.^a Titular Dra. Dña. Isabel Durán Seco, en la que se nos marcaron pautas para la elaboración del trabajo, se nos indicó el modo en que debíamos elaborar la bibliografía, las notas a pie de página y otros aspectos formales del TFG. Otra reunión a la que acudí con posterioridad tuvo lugar en el aula de informática de la Facultad de Derecho, en la que el personal de la Biblioteca de la Facultad no instruyó en el uso de las herramientas digitales más comunes a nuestra disposición para consultar y sacar libros, tanto de la Biblioteca como del propio Área del que dependiésemos para hacer nuestro trabajo.

Tras estas dos reuniones comencé a leer artículos de revistas digitales, la mayoría obtenidos a través de Dialnet, y algunos libros recomendados por mis cotutores para hacer una primera aproximación a la materia. Esa recopilación de bibliografía consultada fue ampliándose con el estudio y lectura de más libros del departamento de penal, solicitados por mí y otros aconsejados por mis cotutores, así como de muchos otros artículos de revistas nacionales y extranjeras.

El primer borrador del índice que envié a mis tutores fue modificado por ellos, indicándome, con el propósito de concretar el título de mi trabajo, que cambiara ciertos aspectos relativos a las causas de justificación y sus requisitos, además de reorganizar

algunos subapartados del índice con el fin de ayudar a un correcto orden en la futura exposición del trabajo.

En el momento de comenzar a redactar cada apartado del trabajo me dieron total libertad. Esta tarea la fui desarrollando con la ayuda de los textos y artículos previamente consultados, contrastando las distintas opiniones al respecto e intentado que el texto fuera lo más claro y conciso posible dada la complejidad de la materia. En esta fase recopilé y consulté las sentencias citadas. Cuando estuvieron terminados los apartados obligatorios y el cuerpo del TFG, mis cotutores fueron enviándome las correcciones de cada una de las partes, en orden, lo que supondría la posterior modificación por mi parte. En todo momento estuvieron dispuestos a ayudarme con cualquier dificultad que pudiera tener, ya fuera teórica o narrativa, así como en la utilización de herramientas de *Word* que pudieran agilizar mi tarea.

Asimismo, se me hicieron algunas apreciaciones de cómo escribir los apellidos de los autores de acuerdo con las preferencias del Área y cotutores; del mismo modo se me recomendó revisar el índice de abreviaturas que les habría presentado, ya que en mi propuesta inicial hacía distinción de las abreviaturas más comunes empleadas con las abreviaturas de revistas consultadas, indicándoseme que era preferible hacer solo un índice, como es lo común en este tipo de trabajos, y solo de aquellas que fueran necesarias y fuera a utilizar realmente.

Conforme se fueron corrigiendo más apartados del cuerpo del TFG, se me dieron nuevas correcciones tanto de carácter formal como de fondo. Con las correcciones ya hechas elaboré el primer borrador que incluía todas las partes del trabajo y que, tras una última reunión con mis cotutores, se convirtió en la versión definitiva.

LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD: ANÁLISIS COMPARATIVO DE SUS ELEMENTOS

1. INTRODUCCIÓN: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La comisión de un tipo penal conlleva la imposición de una pena para el sujeto activo o autor; eso es así porque en la mayoría de los casos se dan los elementos de la teoría del delito, que se define como: acción típica, antijurídica (o típicamente antijurídica), culpable y punible.

Pero en determinados supuestos aparecen las llamadas causas de justificación o causas de exclusión de la antijuricidad, las cuales amparan al sujeto que realiza la acción u omisión típica: su concurrencia permite anular la prohibición o el mandato general que contiene el delito en cuestión¹. Diré que es una autorización para comportarse típicamente siempre que exista un interés preponderante para el ordenamiento jurídico; esta es la opinión mayoritaria², aunque existen otras posiciones que prefieren analizar el fundamento de la causa de justificación de un modo más específico.

La *teoría del interés preponderante* se basa en la defensa de un bien jurídico superior permitiendo la lesión de otro que resulta ser inferior. Otra teoría de las que pretenden buscar un fundamento a las causas de justificación es la *teoría del fin*, la cual se basa en la adecuación y necesidad del medio para un fin justo. El problema de esta teoría es que resulta muy general e imprecisa, puesto que no puede explicar las razones y peculiaridades para que en cada caso resulten justos los fines y apropiados los medios.

Un modo de clasificarlas será distinguir entre las causas de justificación (también) del resultado y las causas de justificación (solo) de la acción. En el primer grupo, que aglutina a la mayoría, el bien jurídico deja de estar protegido en el supuesto en particular frente a la lesión (o puesta en peligro), incluso puede suceder un resultado positivo o jurídicamente obligatorio; es por eso que excluyen el valor de resultado. Esto sucederá en la legítima defensa, en el consentimiento justificante, en gran parte de los supuestos de cumplimiento del deber, o ejercicio del derecho, oficio o cargo si *a posteriori* se

¹ SILVA OLIVARES, *Imputación y causas de justificación*, REJ, 2013, 8.

² Entre los cuales podemos mencionar a: Díez Ripollés, Melendo Pardos, Lacruz López y Gómez Rivero.

comprueba que concurren sus presupuestos; o en la obediencia debida a órdenes conforme a Derecho. Por otro lado, en las causas de justificación de la acción, como se deduce de su nombre, aunque subsiste el desvalor de resultado, la conducta no es jurídicamente desaprobada porque carece del desvalor de la acción, tanto en su parte subjetiva por no haber dolo ni imprudencia (por actuar conforme al deber objetivo de cuidado, permitida en ocasiones e incluso obligatoria tal conducta en determinados casos), como en la parte objetiva del desvalor de la acción.

Para LUZÓN PEÑA³ los efectos que producen las causas de justificación son los siguientes:

- Además de eximir de la responsabilidad penal, eximen de cualquier otra responsabilidad jurídica, como la civil, la administrativa, la tributaria, etc.
- Si el autor no responde por su acción, que en otras circunstancias sería típicamente antijurídica, en virtud de la *accesoriedad de la participación*, tampoco lo harán los *partícipes*.
- El error en cuanto a los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de tipo, excluyendo el dolo y dando lugar a imprudencia o caso fortuito, según que el error sea objetivamente vencible o invencible; solo el error sobre la existencia misma o sobre los límites de una causa de justificación será de prohibición.
- Contra una conducta amparada en una causa de justificación, al no tratarse de una agresión ilegítima, no cabe legítima defensa. En algunos aspectos son distintas las consecuencias, atendiendo a si estamos ante *causas de justificación del resultado o de justificación de la acción*. En el supuesto de estar ante una causa de justificación solo de la acción, cuando amenazan provocar un resultado desvalorado, cabe actuar amparado en un *estado de necesidad defensivo*, ya que se actúa contra la fuente del peligro que no llega a ser una agresión ilegítima; mientras que el mismo no se admite frente a las causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado.
- En las causas de justificación solo de la acción, si ha sido el sujeto activo el que ha provocado la situación de manera dolosa o imprudente en la cual se produce un resultado desvalorado, en virtud de la *actio illicita in causa*, puede responder de la causación dolosa o imprudente de un desvalor de resultado.

³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, nn. mm. 21/11-25.

- En las causas de justificación que excluyen el desvalor de resultado, como en las que excluyen el desvalor objetivo de la acción, si el sujeto no era consciente de la situación objetiva justificante, hay acción dolosa constitutiva de tentativa imposible; en cambio, en las causas que excluyen el desvalor subjetivo de la acción, por definición no hay dolo y no cabe tal posibilidad.

Para GÓMEZ RIVERO⁴ las causas de justificación son condiciones o circunstancias que permiten cometer el hecho típico sin que el legislador lo desaprobe. Por un lado, tenemos la *norma prohibitiva*, que ordena la no realización por parte de los sujetos de ciertas conductas que lesionen o tengan potencial lesivo para los intereses o valores que han sido elegidos como bienes jurídicos penalmente protegidos. Y, por otro lado, surge una *norma de autorización* que, cuando se dé un conflicto de bienes jurídicos, establece qué interés debe salvaguardarse acotando el ámbito de lo prohibido a este respecto⁵.

Como este mismo autor sostiene, dos son las corrientes principales que explican las causas de justificación: las *teorías monistas* y las *teorías pluralistas*⁶.

Dentro de las primeras, teniendo en cuenta que el fundamento de las causas de justificación se puede encontrar en un principio único y aplicable a todas ellas, podemos hablar del empleo de un medio adecuado para la obtención de un fin justo, de la producción de un beneficio mayor que el perjuicio causado, de la ponderación de bienes y de la inexigibilidad de lo imposible. En cuanto a las teorías pluralistas existen dos puntos: en el primero el fundamento de las causas de justificación se centra en dos principios generales; en el segundo, cada una de ellas responde a combinaciones de distinta naturaleza derivada de los dos principios antes mencionados (el principio de *ausencia de interés* y el principio del *interés preponderante*).

En los supuestos de ausencia de interés, el titular del bien jurídico protegido no muestra intención en protegerlo, por lo cual el hecho realizado queda justificado porque el dueño

⁴ GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP PG*, 4.^a, 2019, 242.

⁵ Así, se establecen una serie de supuestos en los cuales, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, se permite realizar un comportamiento prohibido, dando lugar a las *causas de justificación* (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, consentimiento).

⁶ GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP PG*, 4.^a, 243. En las monistas se trata de dirigir todas las causas de justificación a un único fundamento, mientras que en las pluralistas cada causa de justificación tendrá varios criterios para concretar su fundamento.

del interés que sufre el ataque renuncia a su defensa en el caso concreto⁷. En cuanto al principio de interés preponderante, en determinadas situaciones se produce un conflicto entre dos bienes jurídicos. Aquí la justificación reside en que la salvaguarda de uno de los bienes jurídicos tiene más valor que la lesión del otro bien. Este interés puede derivarse de distintos criterios:

- Cuando los bienes jurídicos en conflicto son de distinto rango estará justificada siempre la protección del más valioso en detrimento del de menor valor⁸.

- En cambio, si los bienes jurídicos en disputa tienen el mismo valor habrá que diferenciar varios supuestos. En un primer supuesto, pueden concurrir circunstancias especiales que determinen que uno de ellos se anteponga al otro, concediéndole mayor protección, apreciándose por tanto una causa de justificación⁹. Si no concurren circunstancias especiales y se valoran de misma manera los bienes jurídicos en disputa, no cabría apreciar causas de justificación, sino causas de exclusión de la culpabilidad sobre la base de la «no exigibilidad de otro comportamiento»¹⁰.

Cierto es que las teorías pluralistas son las seguidas por la doctrina actual, pero en relación con los criterios dados por estas hay que destacar que el CP, respecto al estado de necesidad, hace referencia expresa a los males en conflicto y no a los bienes, como cabría pensar; por lo tanto, lo relevante no es qué rango tiene un bien u otro, sino que el mal que se produce sea igual o menor que el que se pretende evitar y, por lo tanto, ateniéndonos a su graduación, podrá desembocar en aplicación de una eximente completa o incompleta (con aplicación rebajada de la pena del tipo penal concreto).

Ahora analizaré rápidamente los elementos de las causas de justificación, en cuya estructura se puede diferenciar una parte objetiva y otra subjetiva (aunque no toda la doctrina comparte esta distinción). En la primera, es requisito indispensable la existencia

⁷ P. ej. sería el caso habitual del consentimiento, que valida la causa de justificación en determinados casos de bienes jurídicos disponibles.

⁸ P. ej. romper el cristal de la ventana de una vivienda para coger un chaleco salvavidas que se encuentra dentro, con el fin de lanzárselo a un sujeto que se ahoga en un lago cercano a la casa (claro ejemplo de estado de necesidad); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.^a, 2019, 244.

⁹ P. ej. un sujeto, actuando en legítima defensa, mata a otro que se abalanzaba sobre él con intención de clavarle un hacha (aquí será más valioso salvar la vida del inocente que la del agresor); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.^a, 2019, 245.

¹⁰ P. ej. en un naufragio, una superviviente mata a otro para poder hacerse con el único chaleco salvavidas que queda (estaríamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad, cuyo argumento se basa en la no exigibilidad de otro comportamiento, el miedo insuperable o, incluso, en el error de prohibición); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.^a, 2019, 245.

de una *situación justificante*, es decir, una situación de amenaza a bienes jurídicos que sea la que promueva la acción lesiva del autor y, además, que dicha conducta lesiva se realice en determinadas circunstancias exigidas por el legislador. Por otra parte, el elemento subjetivo supone que el sujeto que realiza la conducta conoce de la existencia de los presupuestos de hecho de una causa de justificación; es más, en algunos supuestos, la ley requiere al sujeto que tenga tendencias subjetivas especiales o que actúe con un determinado ánimo. No se requiere que los móviles de quien actúa justificadamente sean valiosos: basta con que sepa de la existencia de una situación de justificación y tenga la voluntad de actuar de forma permitida jurídicamente dentro de los límites permitidos.

En cuanto a estos dos elementos existen *teorías sobre la delimitación de los elementos esenciales*¹¹ que debaten cual debe ser esencial para la concurrencia de una causa de justificación. La primera de ellas es la *teoría puramente objetiva*¹², según la cual basta con que esté presente el presupuesto de hecho (elemento objetivo) de una causa de justificación. Con que exista la situación de ataque a un bien jurídico la justificación será plena. La segunda de las teorías es la *teoría puramente subjetiva*¹³, que solo precisa del conocimiento de la situación de justificación, además de que la actuación sea dentro de lo permitido para evitarlo, incluso cuando el resultado lesivo fuera innecesario. Por último, está la *teoría dualista o mixta*¹⁴ que, como es de suponer, requiere de la concurrencia de los dos elementos, objetivo y subjetivo, para poder apreciar la existencia de una causa de justificación¹⁵.

Como resumen a esta introducción, concluiré que los efectos de estas causas de justificación permiten que la conducta que de otro modo sería típica, esté permitida por el derecho. Otro aspecto destacable es que frente a estos actos no cabe alegar legítima

¹¹ GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 246.

¹² P. ej. un sujeto mata a otro por venganza sin percatarse de que este había comenzado con los actos ejecutivos para matar a un tercero (si aplicamos la teoría objetiva el sujeto que actúa con venganza y aun sin saber de la existencia de la situación justificada, estará amparado en una legítima defensa plena); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 247.

¹³ P. ej. un ladrón atraca al dueño de un estanco con la intención de robarle y este le apuñala, aun habiendo recuperado el dinero, causándole lesiones (se apreciaría sin problemas una posible agresión ilegítima por parte del estancero, pero no era necesaria la producción de las lesiones para salvaguardar el bien jurídico atacado); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 247.

¹⁴ Esta teoría es la seguida por la doc. dom.: se precisa de la concurrencia del elemento objetivo como del subjetivo para que de forma plena se aprecie una causa de justificación.

¹⁵ En relación con el ejemplo puesto en la nota 9, para que se dé una legítima defensa plena en favor del sujeto que mata por venganza y con su acción salva al tercero, es necesario que supiese que ese tercero iba a ser asesinado por quien él quería matar y actuase en su defensa, siendo irrelevante que al mismo tiempo satisfaga su ánimo vengativo.

defensa¹⁶ y, si un sujeto participa en ellos, su acto queda absorbido por la causa de justificación; eso sí, si se extralimita o excede en su realización puede suponer que sea antijurídica. Además, la existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor.

En último lugar quiero destacar que no es posible imponer medidas de seguridad ni exigir responsabilidad civil, en la legítima defensa, ya que la acción se convierte en lícita; pero en cambio, en el estado de necesidad, no se exime de responsabilidad civil que se abonará por las personas a cuyo favor se hubiera ocasionado el mal (art. 118.3 CP).

¹⁶ Al respecto hablaremos con más detalle en el siguiente punto del presente trabajo.

2. LEGÍTIMA DEFENSA

Quiero empezar este punto del trabajo con una frase extraída del libro *En defensa propia* de FLETCHER : «la legítima defensa es un buen barómetro de la sensibilidad democrática de un país»¹⁷. No puedo estar más de acuerdo con lo que dice, pues en estos tiempos en los que, por medio de los telediaros, periódicos digitales y *fake news* (más si añadimos la descabellada idea, desde mi punto de vista, de algún partido político de permitir al «buen español» que porte armas para su propia defensa y la del hogar), parece que quieren hacernos sentir que vivimos en un Estado, no diré de total inseguridad, pero sí de cierta desprotección de la gente de a pie; por ello, la confianza que tengan los ciudadanos en el Estado y en las normas que aceptamos todos con el Estado social y democrático de Derecho me parece esencial. Sin detenerme demasiado en este tema, la idea de permitir portar armas en España como medida defensiva ante ataques ilegítimos creo que no daría buen resultado si nos fijamos en las estadísticas de un país de primer nivel, como es Estados Unidos, donde su Carta Magna permite la tenencia de armas, pero en el que, en los últimos años, ha servido para que incrementen las masacres relacionadas con delitos de odio. Creo que dicha propuesta, en España, podría derivar en el aumento de legítimas defensas putativas con resultado de muerte y homicidios en general.

Dejando ya de lado estas apreciaciones personales, me centraré en la legítima defensa como causa de justificación. No es algo discutido que el Estado monopoliza la fuerza: él es el encargado de velar por nuestra seguridad y de que nuestros bienes jurídicos (p. ej. la vida, la integridad física, la integridad sexual, la propiedad, el honor o la libertad) no reciban ningún ataque ilegítimo o, si lo reciben, que la respuesta del Estado sea inmediata y efectiva. Pero el Estado ni es omnipresente ni es perfecto; por eso, cuando un ciudadano se ve amenazado por una inminente agresión y esa protección estatal no es efectiva, aparece en escena la legítima defensa¹⁸.

El ser humano posee un innato¹⁹ instinto de supervivencia²⁰ y quizás es por eso que los límites entre el deber de defensa del Estado y el derecho del ciudadano a usar la

¹⁷ FLETCHER, *En defensa propia*, 1992, 15.

¹⁸ SANDOVAL DELGADO, *La legítima defensa*, LJ, 2016, 2; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Defensa social, legítima defensa, defensa putativa y otros temas penales*, 2002, 24.

¹⁹ A esto hace referencia CICERÓN en su obra *Pro Milone*, siendo el primero (del que tengamos constancia) que hizo alusión a la existencia de esa ley no escrita para repeler los ataques, propia de la naturaleza humana; IGLESIAS RÍO, *Perspectiva histórico-cultural comparada de la legítima defensa*, 1999, 44-45.

²⁰ Aunque ya desde hace tiempo el concepto de legítima defensa engloba también, con otros matices, la actuación preventiva de defensa que ejercen los Estados como viene recogido en el art. 51 de la Carta de

violencia²¹, aun siendo mortal²², para repeler o reducir el daño de la agresión, son más fáciles de formular que de probar.

A este respecto hay casos recientes en la sociedad española que ponen en debate la legítima defensa, como el *caso Tous* o el *caso de Borja «el altruista»*²³, que ponen de relieve que, aun con los defectos que podamos considerar que tiene o no el CP, a la gente le da la sensación de que la Justicia y los penalistas en este país no hacen bien su trabajo, cuando desde mi punto de vista no es así.

La legítima defensa viene recogida en nuestro CP dentro de las causas que eximen de la responsabilidad criminal en el art. 20.4.º, el cual nos dice que no tendrá dicha responsabilidad quien actúe en defensa de la persona o derechos propios; pero para ello debe existir una agresión ilegítima, la necesidad del medio empleado para repelerla o impedirlo ha de ser racional y no puede darse provocación suficiente por parte del defensor. Antes de la reforma de 1983, el art. 8.4.º CP 1944 (TR 1973) hablaba de la legítima defensa de la *propia* persona o derechos, mientras que los números 5.º y 6.º de ese precepto regulaban la legítima defensa de *parientes* y de *extraños*, respectivamente. La reforma de 1983 suprimió las peculiaridades de la legítima defensa de parientes y extraños, siendo equiparadas a la legítima defensa propia.

En cuanto al fundamento de la legítima defensa conviene, hacer un breve repaso histórico²⁴ al Derecho romano, en el cual era tratado como un derecho *individual* originario; ya en Derecho romano tardío, este concepto se veía reflejado en que la legítima defensa se limitaba a la vida y a la integridad física. Posteriormente, en el Derecho germánico, el fundamento de la legítima defensa fue la perspectiva *colectiva* de defensa del orden jurídico. El individuo, al ejercitar su defensa, representa a la comunidad; por lo tanto, cualquiera, y no solo la víctima, podría dar muerte al ladrón sorprendido *in fraganti*. Para Santo Tomás quien opta por la defensa no tiene en mente provocar la muerte del

las Naciones Unidas; TORRIJOS RIVERA, *Colombia, las FARC y la legítima defensa*, RPyE, 2009, 3; GALLEGO GARCÍA, *La legítima defensa a raíz del conflicto sirio*, AD, 2018, 13; DUTRA CETUSIC, *¿Conflicto entre la prohibición de su uso y la prohibición de la legítima defensa preventiva en el contexto de la lucha contra el terrorismo organizado?*, RPyE, 2017, 9.

²¹ GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media*, AHDE, 1980, 3.

²² PEREDA, *Problemas alrededor de la legítima defensa*, ADPCP, 1967, 14.

²³ En relación con el caso de Borja «el altruista» (SJP de Málaga 402/2018), el partido político VOX desdibujó totalmente los hechos e incluso se atrevió a pedir la modificación del CP para incluir dentro de la legítima defensa la defensa de terceros, aspecto que ya contemplaba nuestro CP desde 1848, dejando patente que hablan de esta materia sin conocimiento o quieren crear confusión y enfado en la población.

²⁴ MONTANO GÓMEZ, *Legítima defensa: ¿el fin justifica los medios?*, RD, 2016, 2.

agresor: es un hecho que puede darse en el desarrollo de la acción salvadora, pero no es el fin mismo de dicha acción.

A día de hoy la postura más acertada parece ser la que fundamenta la legítima defensa en ambos aspectos, siendo así que en el CP el principio individual se ve reflejado en que solo se permite la defensa de *bienes individuales*, mientras que no la de bienes colectivos²⁵. También se ha afirmado que el aspecto individual tiene un rol importante en la legítima defensa por el cual es lícita *toda defensa* que resulte *necesaria*, aunque el bien que con ella se lesione sea objetivamente más valioso que el que se defiende²⁶. Pero esta consecuencia encuentra en el aspecto colectivo de la legítima defensa su mejor valedor, ya que desde una visión únicamente individual puede llegar a considerarse tan importante el punto de vista del agresor como del defensor, derivando en resolver el conflicto en favor del bien más valioso²⁷. Esto supondría considerar que se hayan en la misma posición agresor y defensor frente al orden jurídico cuando no es así, ya que el primero niega el Derecho y el segundo lo afirma. Es por eso que el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor dentro de los límites permitidos para que el injusto no prevalezca sobre el Derecho²⁸.

Este doble fundamento de la legítima defensa es también avalado por diversos autores²⁹ al considerar la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión y el ejercicio de una defensa del ordenamiento jurídico³⁰. Cabe precisar que, en cuanto al primer fundamento, esto es, la defensa de un bien jurídico frente a una agresión, esta debe ser además ilegítima. Si solo bastara con que fuera una agresión no se podría justificar la existencia ni el mayor ámbito de esta causa de justificación frente al estado de necesidad³¹. En cuanto al segundo fundamento, la defensa del ordenamiento jurídico o supraindividual, se refiere a la defensa de bienes jurídicos personales, excluyendo de su

²⁵ P. ej. No cabe la defensa de la seguridad interior del Estado o la Administración de Justicia.

²⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *La legítima defensa del derecho penal*, RJUAM, 2012, 21; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 2016, n. m. 23/66.

²⁷ Aplicando la ponderación de bienes y la proporcionalidad estricta.

²⁸ Como resume el aforismo hegeliano: «el Derecho no tiene por qué ceder al injusto».

²⁹ Así lo afirman, entre otros, LUZÓN PEÑA, CEREZO MIR, DíEZ RIPOLLÉS, QUINTERO OLIVARES, GÓMEZ RIVERO, MOLINA FERNÁNDEZ.

³⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *La legítima defensa del derecho penal*, RJUAM, 2012, 3; DíEZ RIPOLLÉS, *DP español PG en esquemas*, 2009, 241; GÓMEZ TOMILLO/TAPIA BALLESTEROS, *DP, Ejercicio profesional de la Abogacía, Consejo Abogacía Castilla y León*, 2016-2017, n. m. 6.737.

³¹ Así, CEREZO MIR, LENCKNER, LUZÓN PEÑA.

ámbito bienes jurídicos cuya titularidad reside en la sociedad o el Estado³², impidiendo que se tenga en cuenta como una reacción ante cualquier conducta injusta.

Por esta doble fundamentación se valora positivamente tanto la conducta como el resultado de la defensa del bien jurídico y del Derecho. Por ello, se puede considerar como causa de justificación del resultado a la legítima defensa, que excluye el desvalor del mismo. El elemento colectivo, tanto de defensa como afirmación del orden público, supone el fundamento *específico* de la legítima defensa, distinguiéndola de este modo del estado de necesidad. Por su parte, el elemento individual otorga *legitimación* al particular para que en nombre del Estado reafirme el Derecho. Puede decirse entonces que la legítima defensa encuentra su justificación en la salvaguarda del Derecho dentro de la esfera de los bienes jurídicos individuales.

En la actualidad, los cambios en la doctrina indican una cierta restricción de la legítima defensa. De este modo, se tiende a restringir la aplicación de la legítima defensa en los supuestos en que esta provocaría la lesión de unos bienes del agresor de mucho valor que los que se intenta defender³³; también en los casos donde el ataque tiene como sujeto activo *a quienes no se les puede imputar personalmente el hecho*, es decir: niños, enajenados, etc. En estos supuestos es preferible que el sujeto pasivo se limite a *esquivar* o *rehuir* la agresión³⁴.

Como en toda causa de justificación, la concurrencia de la legítima defensa produce una serie de efectos ya vistos en la introducción. El primero de ellos impone que el agresor no podrá ampararse en una legítima defensa contra la defensa realizada por el agredido ilegítimamente³⁵. Otro de los efectos sería la justificación de la participación de terceras personas en la legítima defensa. Y, por último, la negativa a imponer medidas de seguridad, como tampoco exigir responsabilidad civil. Ahora bien, los daños que se puedan provocar a bienes de terceros que no hayan sido empleados en la agresión y las afecciones a otros bienes jurídicos de terceros que no hayan participado en la misma no

³² De esta opinión, CEREZO MIR, MAGALDI, POMARES, IGLESIAS, entre otros.

³³ Se trataría de supuestos de extrema desproporción.

³⁴ Propuesta de *lege ferenda* en MOLINA FERNÁNDEZ, *La legítima defensa del Derecho Penal*, RJUAM, 2012, 37.

³⁵ La situación que sí podría darse sería una omisión de socorro si el agredido ilegítimamente omite el socorro al agresor ilegítimo; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *¿Posición de garante derivada de la legítima defensa?*, InDret, 2018, 4.

quedan cubiertos por la causa de justificación; en su caso se podría aplicar la eximente de estado de necesidad como veremos más adelante.

3. EL ESTADO DE NECESIDAD

La siguiente causa de justificación que voy a tratar ha sido escogida por sus similitudes y diferencias en ciertos aspectos con la legítima defensa³⁶. Recogida en el artículo 20.5.º de nuestro CP, se prevé su aplicación en los casos en que para evitar un mal propio o ajeno, se lesione un bien jurídico de otra persona o se infrinja un deber (cumpliendo con una serie de requisitos, como en la legítima defensa). Una definición del estado de necesidad bastante utilizada por la doctrina es aquel estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otras personas³⁷. Es necesario que exista una situación de peligro objetivo, real y actual para un bien jurídico propio o ajeno; de ser así, el ordenamiento jurídico permite la lesión típica de otros intereses jurídicamente tutelados con la condición de que sea la única posibilidad para salvaguardar los primeros³⁸.

Ambos intereses confrontados (el que se pretende salvar y el que se ve lesionado) son legítimos y protegibles por el ordenamiento jurídico, puesto que no hay actuación previa de un sujeto que origine la situación de necesidad³⁹. La regulación contenida en el actual CP es bastante amplia, pues incluye tanto el *estado de necesidad propio* como el *ajeno o auxilio necesario* ante el peligro para intereses de terceras personas o también de la comunidad. Dentro de este último grupo de peligros comunitarios cabe la *colisión de deberes*, a la que se alude expresamente en el artículo 20.5.º CP en el inciso «o infrinja un deber».

En cuanto a su naturaleza jurídica existen dos teorías destacables cuyas diferencias giran en torno al valor de los bienes jurídicos en conflicto. La primera de ellas es la *teoría unitaria*, también conocida como *teoría de la unidad* de todo el estado de necesidad, considerándolo siempre como causa de justificación: quedan incluidos en esta teoría los supuestos de colisión entre bienes de igual valor. La segunda es la *teoría de la diferenciación*⁴⁰, que diferencia distintos supuestos en función de los bienes jurídicos que entran en colisión; de este modo, tenemos un *estado de necesidad justificante* (causa de

³⁶ PILAR MIRAT HERNÁNDEZ, *Referencia a las eximentes del estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar*, RPM, 2014, 5.

³⁷ GUERRA ESPINOSA, *Principio de no contradicción en el estado de necesidad*, RD, 2017, 2.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español*, ADPCP, 1982, 3.

³⁹ Clara diferencia con la legítima defensa, en la que sí es preciso la actuación de un sujeto activo que lesione el o los bienes jurídicos protegibles.

⁴⁰ Teoría mantenida por la doc. dom. y la jurisprudencia española (p. ej. en la STS de 3 de febrero de 2003).

justificación) cuando los bienes en disputa son desiguales, dando como resultado la pérdida del que tiene menor valor (se aplica así el principio del interés preponderante)⁴¹ o un *estado de necesidad disculpante* (causa de exculpación) cuando el conflicto surge entre bienes de igual valor (inexigibilidad de otro comportamiento)⁴².

Sin embargo, para GÓMEZ RIVERO⁴³ y la mayoría de autores, al amparo del art. 20.5.º CP, esta distinción no sería del todo correcta, pues la ponderación no discute que bien tiene más valor para el ordenamiento jurídico, sino que *males* se producen como consecuencia de esa confrontación. En consecuencia, existe una causa de justificación cuando el mal que se produce es igual o menor que el que se pretende evitar, incluyendo también los supuestos de bienes de igual valor.

Esto no ha sido siempre así, ya que hasta 1944 el CP solo contemplaba los casos de estado de necesidad en los que el mal causado era menor que el que se pretendía evitar⁴⁴. Por aquel entonces era unánime la idea de que había una causa de justificación con fundamento en el principio del interés preponderante; de todos modos, se pretendía evitar el mal mayor causando uno menor. Fue con el CP de 1944 cuando varió la regulación y su interpretación, dando pie al modelo actual y a la polémica en torno a la naturaleza doble o unitaria del estado de necesidad.

La mayoría de autores⁴⁵ ven posible la concurrencia del estado de necesidad como una causa de justificación, o una causa de exclusión de la culpabilidad (inexigibilidad). De todos modos, existe un sector minoritario de la doctrina⁴⁶, pero bien cualificado, que mantiene la naturaleza unitaria.

Comenzaré por la doc. dom. que considera la doble naturaleza de la eximente de estado de necesidad (como causa de justificación y causa de exclusión de la culpabilidad —

⁴¹ P. ej. un sujeto quebranta una medida cautelar de prohibición de aproximación para dirigirse a casa de su expareja que había amenazado con quitarse la vida, por miedo a que cometiera tal acto, dado que ya lo había intentado en varias ocasiones (se puede apreciar que existen dos bienes jurídicos protegidos: por un lado, la eficacia de la resolución jurisdiccional y, por otro lado, la protección de la vida o la integridad corporal; el acusado consideró como mal menor quebrantar la medida cautelar y como consecuencia sí se puede apreciar como causa de justificación completa el estado de necesidad); GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 262.

⁴² El ejemplo por antonomasia es el caso de *la tabla de Carnéades*, en el cual tras el hundimiento del barco en el que viajaban dos naufragos solo disponen de una tabla para sobrevivir y esta solo soporta el peso de uno de ellos. GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 262.

⁴³ V. GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de DP*, 4.ª, 2019, 263.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español*, ADPCP, 1982, 1.

⁴⁵ Así, entre otros, ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ.

⁴⁶ Como QUINTANO RIPOLLÉS, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA.

inexigibilidad—). Como ya he mencionado, se apreciará una causa de justificación en los supuestos en que el mal causado es menor que el que se trate de evitar. En consecuencia, su fundamento radica en el principio del interés preponderante. La circunstancia de que en estos casos se pueda pedir la responsabilidad civil⁴⁷ no es obstáculo para esta corriente. En cambio, el estado de necesidad será aplicable como causa de inexigibilidad en los supuestos en los que el mal causado tiene la misma relevancia que el que se trata de evitar. Así, la eximente se basa en la no exigibilidad de la obediencia al Derecho: la conducta es un ilícito penal, aunque no es culpable y, por tanto, no se podrá aplicar una pena.

Mención especial merece el modelo ofrecido por CEREZO MIR⁴⁸ que, con el respaldo de la opinión mayoritaria, realiza una serie de restricciones a la consideración de la eximente de estado de necesidad como causa de justificación. En su modelo la doble naturaleza se asienta en los siguientes parámetros:

- En cuanto al estado de necesidad como causa de justificación, el mismo considera que la ponderación de intereses no es suficiente para justificar la conducta, pues en algunos supuestos los resultados no son del todo convincentes. Para no caer en esto, considera que es necesario introducir, al margen de la ponderación de intereses, un nuevo límite con base en el principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana, de acuerdo con el contenido del art. 10 CE como un principio de validez *a priori*, límite interno del Derecho positivo⁴⁹.

- El estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad o causa de inexigibilidad, tendrá en cuenta la base de la anterior conclusión expuesta: se dará tanto en aquellos casos de conflicto de intereses iguales, como cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de repeler pero suponga un quebranto del respeto debido a la dignidad humana; aunque, a sabiendas de la naturaleza de causa de inexigibilidad de este tipo de situaciones, habrá que realizar una interpretación restrictiva acorde con su fundamento. Dada la comprensión de la inexigibilidad de CEREZO MIR, por un lado, se disminuiría el injusto, cuya traducción es una disminución de la culpabilidad; y, además,

⁴⁷ Tal y como prevé el art. 118.3 CP.

⁴⁸ Sobre ello GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP PG*, 2011, 444.

⁴⁹ P. ej. CEREZO MIR acude al ejemplo del cirujano que, sin el consentimiento del paciente, extirpa un riñón para trasplantárselo a un tercero a quien de este modo salva la vida. Considera que, en este caso, el extirpar el riñón es un mal menor en comparación con la vida de una persona, pero de seguir la opinión de la mayoría se debería declarar la conducta como lícita, opinión que obviamente no comparte y con la que yo estoy de acuerdo puesto que no se ha tenido en cuenta la dignidad del paciente.

el sujeto tendría disminuida su capacidad de obrar de otro lado, por lo que no se le requiera una obediencia al Derecho. El autor considera que hay que tener en cuenta cuál sería la conducta de una persona inteligente y respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico⁵⁰.

Pasando a los planteamientos unitarios de la naturaleza de la eximente de estado de necesidad, un grupo de autores considera que el estado de necesidad actúa en todo caso como una causa de justificación⁵¹. Según MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, cuyos planteamientos son bastante similares, la aplicación estricta de los requisitos del art. 20.5.º CP supone que la eximente actúe como causa de justificación ya que, si se comparan solo los males en juego y no los bienes jurídicos, por lo general, el bien jurídico que se pretende salvar es superior al lesionado.

Un planteamiento más complejo es el ofrecido por GIMBERNAT ORDEIG, quien se adhiere a la idea de los autores anteriormente comentados de que la eximente del estado de necesidad es en todo caso una causa de justificación, pero su argumentación tiene su razón de ser en su modo de entender los distintos elementos del delito y su relación con los propósitos del legislador. De esta manera, mientras que en la antijuricidad el propósito del legislador es el de prohibir frente a todos, en la culpabilidad recoge una serie de apreciaciones en torno a lo que es realmente posible prohibir, desestimando la pena en aquellos casos en los que considera que su aplicación no tiene eficacia inhibitoria, aunque se haya prohibido. Concretamente, es la diferencia entre lo que se quiere prohibir (frente a todos) y lo que se puede castigar por la eficacia inhibitoria, lo que hace que GIMBERNAT ORDEIG considere que el estado de necesidad sea siempre una causa de justificación⁵², pues considera que casos en que se dan los requisitos de esta eximente el legislador adopta la decisión de no castigar, aunque la pena tenga eficacia inhibitoria.

Las críticas a este último modelo han girado tanto alrededor de sus carencias como sobre las consecuencias de su aplicación. Se ha señalado que el criterio de distinción entre los elementos del delito por su eficacia inhibitoria no es convincente, ya que dicha característica puede darse en todas las categorías del delito. Además, se ha hecho hincapié en que considerar en todo caso el estado de necesidad como causa de justificación provoca

⁵⁰ Este último factor será importante en la reducción del campo del denominado auxilio necesario, donde se actúa en salvaguarda de un bien jurídico ajeno.

⁵¹ Entre otros, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE o GIMBERNAT ORDEIG.

⁵² CEREZO MIR, *Curso de DP español PG III*, 2.ª, 1998, 29-39.

el problema de que no se podría acudir a la legítima defensa en el caso de que alguien agrede en estado de necesidad, ya que su actuación debería ser considerada como ilícita⁵³. Para salir del paso a esta crítica, este autor ha desarrollado una categorización de las causas de justificación según se aprecie o no tras las mismas una valoración positiva de la situación.

En cuanto al *mal* al que se hace frente acudiendo al estado de necesidad, este ha de tener una entidad lo suficientemente grave, ya sea por la relevancia del bien amenazado o por la entidad del mal amenazante; aunque la relevancia de este mal puede depender de las circunstancias concretas del afectado, lo que es común en casos de bienes patrimoniales⁵⁴. El *mal* no ha de ser evitable por medio de otros procedimientos menos perjudiciales, esto es lo que suele argumentar la jurisprudencia⁵⁵ con la idea de que la situación de necesidad ha de tener un carácter absoluto. El *mal* debe producir la lesión de un interés protegido jurídicamente, aunque no es necesario que siempre sea un interés protegido jurídico penalmente ya que puede estar protegido por la CE o por otro sector del ordenamiento jurídico. De otro modo, no se considera *mal* la lesión de un interés que solo merece una desvaloración social, aunque haya que atender a la verdadera naturaleza de ciertos intereses⁵⁶.

Respecto a los titulares del bien jurídico puesto en peligro, se admite que sean personas físicas, jurídicas, colectivos e instituciones. Entre estos últimos se permite que sean la sociedad o el Estado⁵⁷. Además, el bien jurídico cuya agresión se pretende evitar puede ser de titularidad propia o ajena.

Hasta aquí la aproximación a las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad. En los siguientes puntos del presente trabajo analizaré y haré una comparativa de los requisitos que precisan ambas causas para que puedan darse en los supuestos en que sean alegadas por quienes se amparan en ellas.

⁵³ En estos casos se estaría dando respaldo legal a la ley del más fuerte.

⁵⁴ La entidad del mal puede ser grave en términos absolutos (esto quiere decir que lo será independiente la fortuna o ingresos del afectado) o únicamente en términos relativos (teniendo en cuenta la capacidad económica del afectado).

⁵⁵ SAP de Madrid 697/2015, SAP de Madrid 440/2015, SAP de Madrid 446/2015.

⁵⁶ P. ej. los casos en los que un drogadicto con síndrome de abstinencia delinque con la finalidad de obtener dinero para comprar y consumir la droga; DÍEZ RIPOLLÉS, *DP español PG en esquemas*, 2.ª, 2009, 253.

⁵⁷ Aquí tendríamos ya una diferencia con la legítima defensa.

4. COMPARATIVA ENTRE LOS REQUISITOS DE AMBAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

4.1. REQUISITOS ESENCIALES

Los jueces y tribunales solo podrán apreciar que un sujeto ha actuado en legítima defensa o en estado de necesidad si se dan todos los elementos que la Ley exige para cada una de ellas; es decir, sus requisitos o presupuestos. En este apartado explicaré aquellos sin los cuales no se puede justificar, total o parcialmente (atenuando la pena), una acción indiciariamente típica. Como ya se ha anticipado, la no concurrencia de alguno de estos requisitos esenciales significará la imposibilidad de aplicar la eximente en sus modalidades completa e incompleta.

Dados los paralelismos entre ambas causas de justificación, se comparará cada uno de los requisitos (también los inesenciales, en la medida de lo posible, en el siguiente subapartado) de la legítima defensa con su «equivalente» del estado de necesidad.

4.1.1. Agresión ilegítima vs. situación de necesidad

Los presupuestos indispensables de la legítima defensa y del estado de necesidad son, respectivamente: la agresión ilegítima y la situación de necesidad. Sin ellos no pueden darse el resto de requisitos⁵⁸ y crean la necesidad de actuar defendiendo o salvando los bienes jurídicos amenazados o ya lesionados.

Comenzando por la primera de ellas, es de sentido común que para que nos encontremos ante una legítima defensa esa defensa debe ir dirigida contra la acción típica de alguien con la que se pondrá en peligro alguno de nuestros bienes jurídicos, pudiendo llegar a destruirlos. Esa agresión ilegítima a la que nos referimos está contenida en el art. 20. 4.º apdo. primero del CP: «en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas». La concurrencia de esta agresión ilegítima es primordial para que se aplique la eximente completa o la incompleta.

⁵⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, nn. mm. 23/10 y 24/11.

Para analizar este requisito me detendré en varios aspectos, siendo el primero lo que debemos entender por agresión. Se entiende como agresión el comportamiento cuya finalidad es lesionar el bien jurídico. Dentro de ese comportamiento tienen cabida las acciones y las omisiones, en estas últimas no se trata relacionar el comportamiento con un resultado, se trata de demostrar que va dirigido a lesionar un bien jurídico, o, dicho de otro modo, a un resultado valorativo, capacidad de que disponen tanto las acciones como las omisiones⁵⁹. Dicho sea de paso, el TS se opone a este modelo, excluyendo los comportamientos omisivos y añadiendo frecuentemente la exigencia de un acometimiento personal de carácter material o físico⁶⁰.

La agresión debe ser, además de ilegítima, ilícita, esto conlleva que infrinja normas de determinación, mandatos o prohibiciones. En contraposición, no cabe legítima defensa ante una agresión legítima como puede ser el caso de una agresión justa que está amparada en una causa de justificación, no se cumple el fundamento supraindividual y no se podrá invocar legítima defensa ante la misma⁶¹. Otro punto a destacar en la ilegitimidad de la agresión es la defensa ante ataques ilícitos, pero no culpables⁶², donde la inexistencia de responsabilidad penal por parte del agresor no evita que la conducta sea ilegítima. Por lo tanto, si convergen el resto de requisitos podrá actuarse bajo la legítima defensa. De todos modos, la exclusión de la culpabilidad del agresor podrá afectar en la aparición o concreción de otros elementos de la legítima defensa, como la necesidad racional de del medio empleado. Contra ataques de animales no se podrá alegar legítima defensa, cabiendo en todo caso estado de necesidad, pues el ataque debe provenir de un ser humano. Otra cosa distinta es que el animal sea dirigido azuzado por su dueño u otra persona, pasando a ser el medio ofensivo del que se vale para llevar a cabo la agresión; aquí sí que cabe legítima defensa por parte de la víctima. Tampoco caben dentro de lo que debe considerarse como agresión los supuestos de inacción, como la fuerza irresistible, los actos reflejos y los movimientos compulsivos, o los estados de

⁵⁹ IGLESIAS RÍO, *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. 2.^a, 1999, 96. Esto hace que la jurisprudencia y parte cualificada de la doctrina aprecien que solo se daría la posibilidad de legítima defensa frente a acciones lesivas, nunca frente a omisiones. Opinión que no comparten p. ej. GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, BALDÓ LAVILLA.

⁶⁰ Los autores mencionados en la nota 37 consideran que se trata de una restricción injustificada, no exigida por la regulación legal ni concuerda con el fundamenta de la legítima defensa.

⁶¹ Un ejemplo claro es la tipicidad y antijuricidad que tendría la hipotética agresión de un manifestante ilegal contra un policía que le golpea con la porra, dentro del cumplimiento de su deber, con el fin de disolver la manifestación no autorizada. En este supuesto el manifestante no podría alegar legítima defensa ante la actuación del agente.

⁶² Casos de inimputables, quienes han sufrido un error de prohibición o quien está amparado por una causa de exclusión de la culpabilidad —inexigibilidad—.

inconsciencia, ya que se exige conciencia y voluntad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Tampoco los supuestos de tentativa inidónea, o los de ataque en principio idóneo en los que la víctima está totalmente protegida y por tanto fuera de peligro.

Otro supuesto controvertido en el que la doc. dom. considera que no hay legítima defensa es el de la *riña mutuamente aceptada*, pues se niega que concurra agresión ilegítima: bien porque todos se agreden recíprocamente o bien porque es provocada y esperada⁶³. Esto supondría negar a la agresión provocada el carácter de antijurídica, lo que es incorrecto e inaceptable puesto que, aunque sean agresiones recíprocas, todas siguen siendo antijurídicas. El argumento dado en otras ocasiones es que no hay necesidad de defensa, siendo erróneo una vez aceptada la riña y comenzada la agresión; o que el sujeto no se mueve por el ánimo o propósito defensivo, cosa que no siempre es cierta porque puede darse que uno de los contendientes sí actúe con ese ánimo, además de que ese ánimo o fin defensivo no es requisito de la defensa.

En opinión de LUZÓN PEÑA⁶⁴ hay que diferenciar lo que puede haber en supuestos de auténtica riña mutua y libremente aceptada: una ausencia de carácter defensivo en la actuación cuando sean agresiones recíprocas, simultaneas y no estén condicionadas por el otro ataque, no dando lugar ni a una legítima defensa completa ni incompleta; del supuesto en que un contendiente esté a la defensiva, habiendo agresión ilegítima y defensa, y pudiendo ser también necesario el medio defensivo concreto; pero a pesar de esto, y como se verá más adelante, falta el requisito inesencial de la falta de provocación suficiente por haber retado o haber aceptado el reto, lo que convierte en ilegítima la defensa de sus bienes jurídicos y del Derecho (aunque cabría la eximente incompleta al tratarse de un requisito inesencial).

En último lugar, y como aprecia gran parte de la doctrina como excepción, sí cabe legítima defensa si uno de los participantes se excede en los medios agresivos inicialmente pactados, o cuando uno de ellos se rinde y manifiesta que quiere dar por finalizada la lucha, pues en ese caso termina la inicial situación de ilegitimidad para defender sus bienes jurídicos y el Derecho, aunque en un primer momento quedara de

⁶³ GÓMEZ RIVERO, GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, LUZÓN PEÑA, Díez RIPOLLÉS.

⁶⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/26.

manifiesto que renunciaba a la protección jurídica, a raíz de la provocación, aceptando el reto.

En cuanto a los bienes jurídicos que pueden estar en el punto de mira de la agresión ya descrita debemos recordar lo que el art. 20. 4.º CP matiza «[...] en defensa de la persona o derechos propios o ajenos [...]»; esto nos lleva a la posibilidad de analizar estos bienes desde dos perspectivas. Una primera sería la *objetiva*, que de acuerdo con lo regulado al respecto en el CP limita los bienes objeto de defensa a los cuales el portador sea una persona física o jurídica. Al respecto, tanto la jurisprudencia como el CP han asentado algunas delimitaciones, como p. ej. en el ámbito de la defensa de los bienes patrimoniales y de la morada, excluyendo de la legítima defensa aquellos ataques al patrimonio que no constituyan una infracción penal⁶⁵, pero el art. 20. 4.º matiza que «[...] en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquéllas o éstas». En este caso, la delimitación saca los supuestos de permanencia en morada ajena en contra de la voluntad del propietario (allanamiento pasivo), siendo supuestos de comportamiento omisivo que deberían encuadrarse en el concepto hasta ahora visto de agresión ilegítima.

La segunda perspectiva sería la de *sujetos implicados*, que el CP relaciona a la defensa de la persona o derechos propios o ajenos. Esto da pie a que pueda haber una legítima defensa tanto propia como de terceros, en esta segunda opción asumiendo en exclusiva la defensa de la víctima o bien colaborando con esta o con terceras personas en el rechazo de la agresión⁶⁶. El que no sea necesaria la coincidencia de defensor y defendido tiene relevancia para la interpretación del requisito de falta de provocación.

Visto el primer requisito esencial de la legítima defensa, pasemos ahora al estudio del primero del estado de necesidad: *la situación de necesidad*. De acuerdo con el contenido del art. 20. 5.º CP se exime de responsabilidad criminal a quien actúa «[...]en estado de necesidad [...]», es decir, será necesario que se produzca un estado o situación de necesidad, elemento esencial sin el cual no se podrá aplicar la eximente completa ni incompleta. ¿Pero que es ese estado de necesidad? Nuestro CP no define dicho concepto y han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia quienes establezcan una serie de

⁶⁵ De otra opinión son GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, pues consideran que es contraria al doble fundamento de la causa de justificación.

⁶⁶ Pensemos en todos los casos en que una persona o grupo de personas socorren a una tercera que sufre un robo con violencia o unas lesiones.

caracteres⁶⁷. El primero de ellos es que debe producirse un *peligro actual* para un bien jurídico: llevando a cabo un juicio de previsibilidad *ex ante*, ha de resultar como no absolutamente improbable que se produzca la lesión del bien jurídico.

El peligro en concreto puede tener su origen en las fuerzas de la naturaleza, en un ataque animal, en un movimiento corporal involuntario de un ser humano, en una conducta humana lícita o incluso en una ilícita que no suponga agresión ilegítima (como sucede con los comportamientos imprudentes).

En cuanto a los bienes jurídicos, pueden ser propios o ajenos; y en relación a las limitaciones que ya vimos para la legítima defensa, en el estado de necesidad pueden ser propiedad de personas físicas, jurídicas como pertenecer a la sociedad, al Estado o a la comunidad internacional. El mal que se nos presenta debe ser inminente o que el conflicto no se pueda resolver con el transcurso del tiempo. Además, debe tratarse de un mal grave, matiz importante, pues en lo relativo a los bienes patrimoniales dicha gravedad se puede determinar considerando las circunstancias particulares del afectado, sin que sea necesario que el bien jurídico en peligro tenga un gran valor económico en términos absolutos.

Es necesario que para evitar el mal se lesione otro bien jurídico o infrinja un deber, ya que es la base de la situación de necesidad. Como se verá, no tiene que darse la posibilidad de que el mal se pueda evitar por otros medios menos perjudiciales, ilícito o lícito, como puede ser la huida⁶⁸.

Como conclusión a los caracteres descritos en torno a la situación de necesidad puedo decir que esta es «aquella situación de peligro actual para un bien jurídico, propio o ajeno, en la que aparece como inminente la producción de un mal grave, inevitable sin producir la lesión o con una lesión menos grave de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber»⁶⁹. En cuanto a la relación entre la situación de necesidad y la colisión de deberes, esta última hace referencia a los supuestos en los que el sujeto provoca un mal como consecuencia de que tenía la obligación de evitar el mal ajeno que amenazaba a otra persona física o jurídica, a la sociedad o al Estado. En el estado de necesidad se contraponen la prohibición de no llevar a cabo un comportamiento típico que lesionará o

⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de DP PG*, 2006, 140.

⁶⁸ El TS habla al respecto del carácter absoluto del estado de necesidad.

⁶⁹ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP PG*, 2011, 450.

pondrá en peligro un bien jurídico con el fin de proteger otro, mientras que en la colisión de deberes se contraponen el deber de no realizar el comportamiento típico que lesione o ponga en peligro el bien jurídico con el deber de salvaguardar otro bien jurídico.

¿Entonces que tratamiento legal hay que dar a la colisión de deberes? Aunque pueden incluirse tanto en el art. 20. 5.º CP como entre los casos de la eximente de cumplimiento de un deber, dentro del art. 20. 7.º CP, lo razonable sería incluirlos en este último⁷⁰, ya que los supuestos de cumplimiento de un deber resultan ser el cumplimiento de un deber de rango superior y se puede considerar como ley especial frente al estado de necesidad.

Continuaré ahora con el estudio de la situación de necesidad en función de la magnitud del mal causado con respecto al que se trata de evitar y la relación del sujeto con el bien jurídico protegido.

El primer parámetro hace referencia a la *ponderación de males*⁷¹. Es común la distinción entre situación de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales⁷² y la situación de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales según que el mal que se pretende causar sea igual o menor que el que se trata de evitar. La amenaza que conlleva ese mal no tiene que suponer solo un ataque al ámbito jurídico penal, sino que puede suponer un ataque a otro sector del ordenamiento. Pero dicho esto no se podrá considerar como mal la lesión de un interés no protegido por el derecho, es decir, que solo quepa ante él una desvaloración social⁷³. Se discute sobre si es un mal o no la tenencia de drogas con el fin de aplacar un síndrome de abstinencia, donde lo decisivo será observar el menoscabo para la salud que supone dicho síndrome, por lo que, si se da la intensidad requerida, podrá ser tenido en cuenta como un mal en el sentido del estado de necesidad⁷⁴.

La ponderación de males tiene carácter objetivo: es una comparativa entre los intereses en conflicto, donde el concepto de interés es un poco más amplio que el de bien jurídico. Se tienen en cuenta otros elementos además de los bienes jurídicos concurrentes, como la posible lesión o puesta en peligro, la gravedad o el reparo de la lesión, el desvalor de la conducta o si se produce una grave infracción del principio del debido respeto a la dignidad de la persona humana. Como es de prever, existen supuestos de especial

⁷⁰ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, 33-34.

⁷¹ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, 150.

⁷² Como ya vimos fue introducida por el CP de 1944.

⁷³ No podrá ser considerado como mal el daño que produce aquella persona amparada por una causa de justificación; no se aceptará por lo tanto la existencia de una situación de necesidad.

⁷⁴ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP PG*, 2011, 451.

complejidad a la hora de realizar dicha ponderación; así sucede en supuestos en los que coinciden interés individuales y supraindividuales o cuando entran en juego intereses patrimoniales⁷⁵.

En cuanto al segundo parámetro, *la relación del sujeto con el bien jurídico protegido*, hay que hacer una triple distinción según la relación del sujeto con el bien jurídico en situación de necesidad. Podremos estar ante un *estado de necesidad propio* cuando coincidan en la misma persona el necesitado y el sujeto actuante⁷⁶. Otra situación que se nos puede plantear es la del *auxilio necesario*, en la que se actúa para evitar un mal ajeno⁷⁷. Y en último lugar, puede suceder lo que se conoce como *comunidad de peligro*, en la cual el peligro lo es tanto para el que actúa como para un tercero⁷⁸.

A modo de resumen comparativo entre la agresión ilegítima y la situación de necesidad diré que mientras la agresión tiene su origen en un sujeto con conocimiento de su ilicitud, tipicidad y antijuridicidad, provocando daños o la destrucción de bienes jurídicos propios o ajenos tanto de personas físicas o jurídicas, la situación de necesidad es el resultado de la puesta en peligro de bienes propios o ajenos cuya salvaguarda pasa por atacar bienes de esa fuente que sin intencionalidad provoca dicha situación.

4.1.2. Defensa vs. acción salvadora

El segundo requisito esencial de cada una de las causas de justificación analizadas es: la defensa en la legítima defensa y la acción salvadora en el estado de necesidad. Son la

⁷⁵ Claro ejemplo de esto son los discutidos casos de delitos de tráfico de estupefacientes o de robo en los que se alega la insostenible situación económica del autor. Pero la jurisprudencia las excluye de la situación de necesidad pues considera más grave el daño provocado a la sociedad por el tráfico de drogas. Opinión que comparto porque esas personas pueden acudir a otros cauces para solventar su mala situación económica: ayuda de familiares, de organismos públicos o de ONG.

⁷⁶ P. ej. un montañista se ve sorprendido por una tormenta de nieve a mitad de la montaña y, para no sufrir los graves síntomas de congelación, entra en la caseta de un pastor rompiendo una ventana para conseguir refugiarse (en este supuesto el mal causado —daños y allanamiento de morada— es menor que el que se trata de evitar —lesiones o muerte—); GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP, PG*, 2011, 442.

⁷⁷ El ejemplo expuesto con anterioridad en la nota 30 sería un supuesto de auxilio necesario siempre que se den sus requisitos.

⁷⁸ P. ej. el capitán de un barco pesquero que faenando en el Mar de Escocia es sorprendido por una tormenta muy violenta que puede provocar graves daños en la embarcación e incluso hundirla, para evitarlo ordena a la tripulación que arrojen al mar toda la pesca obtenida para aligerar peso y poder huir de la tormenta; GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP, PG*, 2011, 452.

respectiva reacción, *a priori* típica, ante una agresión ilegítima o una situación de necesidad que amenazan o ya lesionan bienes jurídicos.

Un requisito a la hora de actuar frente a la agresión, exigido por nuestro CP, es que se actúe «en defensa», como requisito esencial sin el cual no cabe plantear de ningún modo si el medio es necesario o si la agresión y la consiguiente defensa fueron provocadas de modo que en el supuesto dado ilegitime la defensa.

La actuación en defensa da por hecho que hay una necesidad de defensa de cualquier tipo⁷⁹, como consecuencia de que frente al riesgo de la agresión el bien jurídico no está ya protegido y seguro, lo que lleva a hacer (sea quien sea, el agredido o terceros) lo que sea para impedir o repeler ese riesgo. Por lo tanto, la necesidad de defensa en abstracto no significa tener que realizar —como autor, inductor o cooperador— alguna conducta típica, sino que quien sea lleve a cabo una acción protectora⁸⁰, bien una «defensa agresiva» o un contraataque, o bien una «defensa meramente defensiva» o «defensa protectora». Este motivo, la «*subsidiariedad*», es decir, la obligación de huir, esquivar, acudir a las autoridades o al auxilio de terceras personas en vez de autodefenderse⁸¹, no puede afectar de ningún modo a la necesidad abstracta de defensa, pues existe, aunque fueran posibles esas otras alternativas. Podría afectar en todo caso al requisito inesencial de la necesidad del medio concreto empleado, dando lugar a la discusión de si el medio defensivo empleado es o no necesario cuando pueden darse otros.

Pero la necesidad de defensa se da desde que el bien jurídico no está protegido ante el riesgo y como respuesta hay que emplear algún medio de protección propio o ajeno. Dicho esto, la necesidad del medio concreto no impide la posibilidad de fuga, y no siempre por la posibilidad de solicitar auxilio de la autoridad o de terceros⁸².

⁷⁹ Pero respetando la adecuación que debe existir entre defensa y ofensa para no incurrir en alguno de los tipos de excesos que contempla la legítima defensa; GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVIII*, AHDE, 1987, 10.

⁸⁰ WILENMANN VON BERNATCH, *La legítima defensa sin contención material, sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas*, RIP, 2017, 7.

⁸¹ Cabiendo solo la legítima defensa cuando no se den esas posibilidades.

⁸² Un sector de la doctrina considera que puede haber ataques, como los de personas inculpables, los que provienen de familiares o allegados, o los que afectan a bienes jurídicos poco importantes, que sean agresiones antijurídicas y originen una necesidad genérica de defensa, pero que frente a ellos realmente no hay necesidad de una «auténtica» legítima defensa. Esto se debe a que en estos supuestos no es necesario o tiene poco sentido el aspecto supraindividual de la eximente, es decir, la prevalencia del Derecho ante el injusto (así lo ven LENCKNER o MIR PUIG para el caso de los inculpables); por lo tanto, solo tendría lugar el estado de necesidad defensivo ya que se actúa contra la fuente del peligro.

En cuanto a la concepción de la defensa, hay consenso en que debe consistir en impedir o repeler la agresión y para ello se pueden emplear conductas atípicas, que no precisan de justificación, o conductas típicas, que posibilitan una gran variedad dentro de los delitos contra bienes jurídicos personales, pues la defensa no tiene que ser violenta por necesidad ya que puede consistir en cualquier conducta tipificada dirigida al agresor que evite o rechace la agresión⁸³: así no solo el homicidio, las lesiones, los malos tratos de obra o las coacciones, pues también tienen cabida otros delitos contra bienes jurídicos personales como pueden ser las amenazas, injurias —si se emplean para detener una agresión en curso—, detenciones, allanamiento de morada, descubrimiento de secretos, hurto, robo, etc. Pero, por definición, la legítima defensa no es compatible con alguno de los delitos cuya conducta sea inidónea o innecesaria para proteger el bien jurídico⁸⁴, como p. ej. los delitos sexuales o el asesinato con ensañamiento. Tampoco tendría lugar dicha eximente —sí el estado de necesidad— si los bienes jurídicos afectados en la defensa pertenecen al conjunto de la sociedad, ya que la defensa solo irá dirigida contra bienes del agresor.

La defensa también puede tratarse de una omisión impropia, si lesiona bienes del agresor, e incluso propia, ya que esta repercute en perjuicio de bienes del agresor al no evitar un peligro para ellos⁸⁵. Además, la defensa debe ser idónea en esa protección de los bienes jurídicos frente al agresor. Si no sirve para ese objeto, no es ya que no sea un medio innecesario, sino que no podrá ser considerada como defensa. Esto sucede en la idoneidad por la clase de acción realizada (inidoneidad cualitativa), siendo distinto en el caso de la idoneidad por la intensidad de la reacción (inidoneidad cuantitativa), que solo afecta a la necesidad del medio.

Por lo que concierne al objeto de la defensa, solo admite la afectación, ya sea lesión o puesta en peligro, de bienes del agresor, pero no bienes jurídicos ajenos a este, ya sean de terceros o de la comunidad, por muy esencial que sea su uso para la defensa. Esa hipotética lesión de bienes ajenos al agresor no es defensa, ya que no impide la agresión jurídica como tal: es más bien un medio para conseguirlo. Por eso, la posible lesión de bienes jurídicos de un tercero o de la comunidad tendrá el amparo del estado de

⁸³ VALLE MARISCAL DE GANTE, *El error sobre los elementos inesenciales de la legítima defensa*, 2008, 1.688.

⁸⁴ ROA AVELLA, *Mujer maltratada y exclusión de la responsabilidad*, NV, 2012, 6.

⁸⁵ P. ej. quien no socorre a quien le agredió ante un peligro que le amenaza durante su ataque o no hacer nada por impedir un delito contra él; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/44.

necesidad⁸⁶ y, si de manera inconsciente se exceden sus límites, se aplicarán al exceso los límites del error.

Me detendré ahora en el sujeto de la defensa: esta, en principio, podrá ser realizada por cualquiera, un particular o un agente de la autoridad⁸⁷; pero en relación con estos últimos y su actividad impidiendo o repeliendo agresiones delictivas, contra terceros o contra ellos, existen causas de justificación como el ejercicio del cargo, el cumplimiento del deber o la obediencia debida, que por las propias características y medios empleados por los agentes les establece unos límites más restringidos, como puede ser la proporcionalidad y oportunidad de la actuación; de ese modo, en virtud de las reglas del concurso de normas se imponen estas normas especiales, imposibilitando el que se amparen en la legítima defensa, quedando reservada para los particulares⁸⁸.

Para finalizar con este requisito de la legítima defensa no puedo dejar sin mencionar la parte subjetiva de la misma. Parte de la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia tachan de insuficiente para la justificación que la conducta constituya una defensa en el modo ya explicado; exigen además que se dé un ánimo, móvil o fin defensivo en la actuación. De no ser así no tendríamos un requisito esencial, por lo que no cabría eximente completa ni incompleta. Se sostiene sobre el argumento de que en todas las causas de justificación ha de darse un *elemento subjetivo*⁸⁹, ya sea el fin defensivo, salvador, de ejercer un derecho o cargo, etc.; lo que, eso sí, según esta postura no excluye el que junto con ese fin coincidan otros móviles ilegítimos.

Pero la opinión acertada, defendida en nuestro país por un amplio e influyente sector doctrinal, afirma que obrar «en defensa significa» en situación de necesidad y protegiendo el bien jurídico —y el Derecho— frente a la agresión, sin que sea preciso tal ánimo o elemento subjetivo si la ley no lo exige concretamente. De todos modos, no es correcta la exigencia del ánimo, móvil o fin defensivo, ya que, si el sujeto conoce la situación objetiva de defensa, aunque no actúe con ese ánimo o fin defensivo, no hay desvalor de acción puesto que no está realizando un desvalor de resultado. Así que, le guste o no, tiene que aceptar o querer realizar una defensa, aunque no fuera su intención o finalidad.

⁸⁶ Como veremos más adelante, no se trataría de un estado de necesidad defensivo ya que la reacción no va dirigida contra la fuente del peligro.

⁸⁷ Un sector importante de la doctrina considera la actuación de los miembros de las fuerzas policiales, sobre todo en el uso de armas, puede estar amparada por la legítima defensa propia o de terceros.

⁸⁸ De esta opinión LUZÓN PEÑA y CEREZO MIR entre otros.

⁸⁹ TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000. 287-288.

Aun así, si la persona conoce la situación, pero carece de ánimo defensivo ello suele dar lugar a emplear un medio defensivo innecesario e incluso lesionar habiendo acabado la agresión, produciendo un exceso, intensivo o extensivo, respectivamente, en la defensa.

Ahora bien, para que se dé la justificación y exención, el sujeto que actúa con voluntad de lesionar el bien jurídico debe conocer de la situación de defensa. Si se tiene tal voluntad —dolo neutro— y además no se conoce la situación de defensa, como p. ej. cuando se dispara a un sujeto sin tener conocimiento que con ese acto se salva la vida de un tercero al que este iba a matar⁹⁰, de ser así se tiene también voluntad de realizar la parte negativa del tipo y por lo tanto producir un desvalor de resultado: actúa con auténtico dolo —*dolus malus* objetivamente— y para él no hay causas de justificación. Al haber desvalor de acción y resultar imposible que se dé el desvalor del resultado, responde por tentativa inidónea o imposible.

Una conducta defensiva puede llevarse a cabo por descuido o falta de atención, sin tener realmente voluntad lesiva por parte del sujeto; estaríamos hablando entonces de una defensa imprudente o culposa o por imprudencia. Este tipo de defensa puede darse en dos grupos de supuestos.

En uno de ellos, desconociendo la situación de defensa, la acción imprudente del sujeto impide o repele, sin él tener tal motivación, la agresión⁹¹. Otro de los casos es aquel en que el sujeto advierte la situación objetiva de defensa y en tiene el propósito de llevar a cabo la acción defensiva, pero interpone sin querer el medio defensivo, por un descuido⁹².

Según la opinión de LUZÓN PEÑA⁹³ en el primero grupo habrá ilicitud genérica, extrapenal (por actividad imprudente), pero no penalmente típica, ya que el desvalor de la acción sería impune al no concurrir el desvalor del resultado, básico para que se consume y se castigue el delito imprudente, a diferencia de lo que sucede en el doloso. En el segundo grupo considera el mismo que tampoco existe responsabilidad penal, pero porque, a

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/55.

⁹¹ P. ej. el sujeto A, con escasa pericia con las armas, dispara sin querer en un campo de tiro alcanzando su disparo a B, empleado de las instalaciones, que se disponía a clavar una navaja a C, su jefe, de lo que A no era consciente, con lo que por azar el disparo de A le salva la vida a C, siendo objetivamente el medio necesario para tal resultado; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/57.

⁹² P. ej. un sujeto camina de noche por uno de los peores barrios de su ciudad cuando le rodean cuatro jóvenes portando armas blancas con la intención de robarle; el sujeto emplea como medio intimidatorio un revolver el cual se le dispara sin querer alcanzando el hombro de uno de los asaltantes; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/57.

⁹³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 23/58.

diferencia del primero, no llega a haber ilicitud extrapenal en la conducta, ya que en realidad no hay desvalor de la acción por auténtica imprudencia.

Finalizado el análisis del segundo de los requisitos esenciales exigidos por la legítima defensa continuaré ahora con el segundo del estado de necesidad.

El segundo requisito del estado de necesidad es la *acción salvadora*: para su análisis diferenciaré la parte objetiva de la subjetiva. Dentro de la primera hay varios aspectos esenciales a tratar, empezando por los *bienes protegibles*.

Como ya mencioné en anteriormente, al hablar del estado de necesidad, los bienes o intereses jurídicos que se pretenden salvaguardar pueden ser propios o de terceros, sin renunciar a la posibilidad de que puedan ser de la comunidad. Esta última afirmación se debe a que los intereses comunitarios también son «ajenos», a diferencia de la legítima defensa, aquí no hay antecedente de que antes se hablara de derechos de un pariente o de un extraño, haciendo alusión a personas concretas. La aceptación del estado de necesidad como herramienta para salvar intereses comunitarios, o del Estado, idea defendida por un sector de la doctrina, choca con problemas parecidos a los de la legítima defensa en cuanto a la idoneidad o no de la acción salvadora o a la existencia de una verdadera situación de necesidad, además de que sea compatible o no con la exigencia de subsidiariedad del estado de necesidad.

Otro aspecto clave es la *idoneidad y tendencia salvadora*. Se prevé que la conducta tenga la capacidad de salvar los intereses en peligro, de ahí que se exija, aunque sea un mínimo, de idoneidad. En cuanto a la salvación no es necesario que se logre ya que el CP solo exige ese objetivo —«para evitar un mal propio o ajeno»—, ya que demás se trata de una causa de justificación de la acción, y no del resultado. En relación a los *bienes o deberes lesionados*, la conducta podrá afectar, como ya mencionamos, a bienes de terceros o de la comunidad. Pero aquí sale a relucir una clara diferencia con la otra causa de justificación a la que he dedicado mi estudio, y es que si los bienes personales afectados son de la propia persona de donde proviene el peligro, sin que este llegue a ser una agresión ilegítima, nos encontraremos ante un supuesto de estado de necesidad defensivo (modalidad que analizaré con más detalle en el punto n.º 5 del presente trabajo); y en el caso de pertenecer al agresor ilegítimo estaríamos hablando de un claro ejemplo de legítima defensa y no de un estado de necesidad.

Como último aspecto, y de gran relevancia, de la parte objetiva de la acción salvadora está la *colisión de deberes*: exige al sujeto que quiere cumplir un deber jurídico incumplir otro deber jurídico⁹⁴. Ya he visto que se admite el actuar no solo cuando se incumple un deber menos importante para poder cumplir con otro de rango superior, siendo obligatorio elegir este ya que tiene preferencia jurídica⁹⁵, sino también cuando los deberes en disputa son del mismo rango; en tal caso, como es imposible cumplir los dos simultáneamente y uno tiene que prevalecer, al ordenamiento le es indiferente cuál se elija con tal de que se elija uno de ellos. Es por eso que, aun en supuestos de confrontación entre deberes iguales, se trata de una causa de justificación, y no de una causa de exculpación como sostiene parte de la doctrina⁹⁶. Desde la perspectiva de la ponderación de deberes, normalmente, en caso de identidad de bien jurídico afectado por un delito comisivo o por uno de omisión propia, este es menos grave que aquel; quiere esto decir que la obligación de abstenerse del tipo comisivo es más importante que el deber de actuación salvadora, o de auxilio o de fomento, del tipo omisivo.

Ante la situación de que sean diversos los bienes jurídicos afectados por el incumplimiento de los respectivos deberes, la importancia de estos últimos y la respectiva valoración (negativa) de su incumplimiento se desprenderá, en principio, de las penas que correspondan a cada infracción. No obstante, si se da el caso de que sean sanciones iguales, puede suceder que otros criterios extrapenales, como el reconocimiento y el valor constitucional como derecho fundamental de uno de los bienes jurídicos afectados, o la significación funcional que uno de los deberes tenga para el ordenamiento, obliguen a modificar la primera valoración de equivalencia y otorgar mayor peso a uno de los deberes⁹⁷.

⁹⁴ Se produce la lesión de un interés comunitario o estatal en el desempeño de ese deber, que al mismo tiempo puede resultar en provecho de intereses o bienes colectivos o de bienes individuales.

⁹⁵ De no ser así no se cumpliría el requisito inesencial de la proporcionalidad de males.

⁹⁶ LUZÓN PEÑA entiende como más correcta la postura que acepta el encaje dentro del esquema general de conflicto de intereses propio del estado de necesidad, aspecto que nuestro CP confirma al incluir dentro de la regulación del estado de necesidad, junto a la acción de quien lesione el bien jurídico, la alternativa «o infrinja un deber».

⁹⁷ A juicio de LUZÓN PEÑA no cabe duda de que hay colisión de deberes que debe resolverse de acuerdo con esos criterios, en caso de conflicto entre dos deberes de actuación positiva: p. ej. pensemos en el caso de un médico, en medio de un huracán, que solo tiene medios para salvar a uno de los dos heridos graves que tiene a su cargo; en principio tiene el deber de socorro frente a los dos, pero como solo puede actuar para salvar uno y son deberes equivalentes, está justificada su actuación de salvar a cualquiera de ellos. Queda claro, por otro lado, que no es necesario acudir a la calificación de colisión de deberes cuando hay un conflicto entre dos deberes de abstención, es decir, cuando la alternativa es llevar a cabo un tipo comisivo u otro tipo comisivo, pues como opina la doc. dom. este encaja en el estado de necesidad normal.

La parte subjetiva de este requisito en el que nos encontramos se compone a su vez de tres puntos a destacar. El primero de ellos hace alusión al *animus salvationis* que no es otra cosa que la exigencia por parte del art. 20. 5.º CP de que la acción salvadora vaya guiada por un elemento subjetivo de justificación, aunque el actual CP no exija, como en el anterior CP de 1944 en su art. 8. 7.º que el sujeto obre «impulsado por un estado de necesidad», de todas maneras, tanto para el DP pasado como para el actual se requiere que el sujeto actúe «para evitar un mal propio o ajeno». Pero dicho requisito debe ser tratado como inesencial, por lo que su ausencia permitiría en todo caso la eximente incompleta: pues, aunque se mantiene un desvalor subjetivo de la acción, si la acción tiene eficacia salvadora, desaparece el desvalor objetivo de la acción o desvalor del hecho.

En cuanto al requisito del ánimo para un sector doctrinal y jurisprudencial no puede coexistir con la actuación imprudente. Pero, como defiende otro sector, pueden darse hechos imprudentes amparados por el estado de necesidad porque lo que motiva a la actuación y lesión imprudente no es otra cosa que la finalidad de evitar males propios o ajenos⁹⁸. Por otro lado, lo que muchas veces quiere negar el TS es absolver al sujeto cuando este provoca por imprudencia el posterior estado de necesidad. Si bien es cierto que hay responsabilidad culposa la actuación final, no es que sea imprudente, sino que es dolosa y está cubierta por el estado de necesidad⁹⁹.

En último lugar, me detendré en ver los supuestos en que se da el *desconocimiento de la situación de necesidad*, pero aun así la acción del sujeto evita un mal igual o mayor¹⁰⁰. Si solo hay imprudencia cabe apreciar que, aunque se mantiene el desvalor subjetivo de la acción —por la negligencia o falta de ánimo salvador—, como objetivamente desaparece

⁹⁸ P. ej. el conductor, con el propósito de llegar cuanto antes al hospital con el herido de gravedad que transporta, comete algunas imprudencias con la mala suerte de atropellar a un peatón produciéndole una serie de lesiones; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/26.

⁹⁹ P. ej. un conductor que de manera temeraria inicia el adelantamiento del coche que tiene delante en una curva de nula visibilidad, y antes de finalizar el adelantamiento se encuentra con que de frente le viene un coche lleno de personas, por lo que decide golpear lateralmente y echar de la calzada al coche que llevaba en paralelo, con el riesgo que conlleva pudiendo provocar lesiones graves o la muerte del único ocupante, con el fin de evitar un resultado más dañoso con el choque frontal. En la fase final actúa con dolo eventual de matar o lesionar, pero, como el propósito de su acción era salvadora y objetivamente estamos ante un estado de necesidad, no responde de homicidio doloso o lesiones dolosas. En todo caso debe responder por la producción imprudente de estos delitos en virtud de una construcción paralela a la *actio libera in causa*, la *actio illicita in causa*, la cual se admite cuando el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación final amparada por una causa de justificación solo de la acción, pero no del resultado. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/27.

¹⁰⁰ P. ej. la persona que provoca un accidente estrellando su vehículo contra la pared de unas oficinas provocando un gran agujero en la pared, pero salvando la vida de los trabajadores que se habían quedado dormidos por una fuga de gas; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/28.

el desvalor de hecho, habría impunidad para el sujeto. Por el contrario, si existe dolo, aunque, por anular el desvalor objetivo de la acción o desvalor del hecho (aunque no el del resultado), no se dé el delito consumado, persiste el desvalor subjetivo de la acción dolosa; por lo tanto, tendremos punibilidad por tentativa¹⁰¹.

La defensa, a diferencia de la acción salvadora, permite realizar aquello que el sujeto considere oportuno, ya sea una acción atípica o típica, para repeler la agresión, mientras que por su parte la acción salvadora debe ser la idónea para salvar los bienes puestos en peligro.

4.2. REQUISITOS INESENCIALES

A diferencia de los requisitos o presupuestos esenciales, la ausencia de los que se verán a continuación, los inesenciales, no suponen la imposibilidad de apreciar la eximente, aunque se haga de manera incompleta (art. 21. 1.^a CP). No habrá, por tanto, exención de la responsabilidad penal del autor, pero si una importante rebaja en la pena¹⁰².

Dicho de otra manera, solo si también se dan estos requisitos, los jueces y tribunales podrán eximir de la responsabilidad penal a los autores de acciones indiciariamente típicas pero justificadas.

4.2.1. Proporcionalidad

Parto de la base de que la proporcionalidad no es en sí un requisito, pero para el análisis voy a seguir el orden explicativo seguido por LUZÓN PEÑA¹⁰³ ya que lo considero bastante ilustrativo y completo. En primer lugar, hay que atender a «*la proporcionalidad entre intereses (o males) en conflicto, no solo entre bienes jurídicos*»¹⁰⁴. La exigencia de proporcionalidad es entre los intereses en disputa, concepto más amplio que el de bienes,

¹⁰¹ Imposible si ya en el momento de la acción se producía la ignorada situación de necesidad.

¹⁰² De entre uno (obligatorio) y dos (potestativo) grados (art. 68 CP): «[...] atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales del autor [...]».

¹⁰³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, n. m. 24/33.

¹⁰⁴ Además de otros posibles intereses vinculados, principalmente será entre el interés en salvar en unas eventualidades concretas un bien jurídico en peligro y el interés en proteger otro en conflicto con aquel.

puesto que el CP compara males: «*que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*».

El grado de mal que hay que sopesar frente al otro mal posible dependerá de la lesión, o puesta en peligro, del tipo de interés, de la gravedad del valor de resultado que dicha lesión o peligro suponen, del grado, cuantitativo y cualitativo, y del interés jurídico en proteger en el caso en particular ese o aquel bien jurídico. Es admisible provocar un mal menor —salvar el interés preponderante— o incluso un mal igual —intereses equivalentes— al mal que se va a evitar.

En cuanto a los *criterios de ponderación* hay controversia sobre cómo deben ser ponderados los intereses en conflicto. La doc. dom. inicia el estudio desde un criterio global, aunque existe confrontación por motivo de los puntos de vista a combinar: jurídicos, constitucionales, sociales, ético o incluso subjetivos, pero con una destacable imprecisión que se intenta enmendar con algunas modernas propuestas bien elaboradas de un repertorio de criterios relevantes como el ofrecido por ROXIN¹⁰⁵: comparación de marcos penales, diferencia de valor de los bienes jurídicos, intensidad en la lesión, prohibición de ponderación entre vidas, grado de los peligros amenazantes, principio de autonomía, regulaciones legales, provocación de la situación de necesidad, posiciones de deberes especiales, actuación de parte del injusto, significado del daño causado y del evitado para los correspondientes afectados o el origen del peligro en la esfera del afectado por la intervención.

Pero debo partir de la base del valor que el DP concede a la protección de los intereses, comparando las penas que impondría al ataque doloso a cada bien jurídico o conjunto de ellos afectados. No es aceptable que, porque un bien jurídico esté al amparo de protección constitucional, incluso como derecho fundamental, sea siempre superior al resto, ya que hay bienes, incluso comunitarios, cuya lesión tendría más relevancia social, manifestada en un mayor desvalor jurídicopenal, que le da algún derecho fundamental no esencial¹⁰⁶.

Un amplio sector, en su mayoría de la dogmática alemana, admite la ponderación cualitativa de intereses, pero no admiten la ponderación cuantitativa, basada en el número de bienes jurídicos afectados por un lado y otro del conflicto, sobre todo cuando se trate de vidas, pues argumentan que no se puede aceptar sostener el argumento de que para

¹⁰⁵ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/34.

¹⁰⁶ P. ej. la seguridad exterior del Estado frente a la intimidad o el honor.

salvar muchas vidas en peligro se pueda acabar con una o unas pocas. El argumento reside en que ninguna vida vale más que otra, cada vida es considerada como un valor absoluto y por ese motivo muchas vidas no pesan más que una o unas pocas¹⁰⁷, aparece aquí la más que conocida frase «nadie puede jugar a ser Dios». Sin embargo, resulta más acertada la posición opuesta, admitiendo la ponderación cuantitativa, de modo que, a igualdad de situaciones de peligro y demás eventualidades, hay un interés mayor, y crecientemente mayor según aumente el número, en salvar un bien jurídico —la vida, la integridad, la libertad o la propiedad, p. ej.— de muchas personas que la de una sola o unas pocas.

Pero la posición seguida por LUZÓN PEÑA¹⁰⁸ ya permite el acto en estado de necesidad para proteger un interés equivalente; y es que incluso desde el enfoque mayoritario que exige un interés preponderante este existe si está en juego la salvación del bien jurídico de muchas personas a costa de sacrificar ese mismo bien de una sola o pocas. Respecto a la vida cierto es que toda vida humana vale lo mismo que cualquier otra, pero, ello no significa que una vida tenga el mismo peso y valor social y jurídico que miles de vidas¹⁰⁹.

Un dato importante a destacar en la ponderación de intereses, sobre todo en supuestos de igualdad de bienes jurídico en conflicto, es su previa afectación o no por el peligro. No supone lo mismo un bien jurídico intacto y que previamente no esté en peligro, porque este afectaba a otro u otros bienes, que un bien jurídico que ya está en peligro, o que está dañado e incluso ha sido destruido o ya es inexistente y habría que reconstruirlo. Esto explica el que no haya igualdad ni superioridad de intereses a favor del que se pretende salvar, aunque en principio sean bienes jurídicos iguales¹¹⁰.

Una amplia mayoría ratifica que la dignidad humana es un límite inaccesible a la actuación del estado de necesidad y a la ponderación de los intereses, esto es, que no se

¹⁰⁷ Considera LUZÓN PEÑA que detrás de esta idea reside el miedo de la ciencia alemana a que se puedan volver a justificar con ponderaciones cuantitativas los actos de cooperación en los mal llamados «casos de eutanasia» en el III Reich, cuando con la colaboración activa de algunos médicos o funcionarios en actos de exterminio de grupos limitados de judíos en campos de concentración con el argumento de que así obtendrían la confianza de los altos mandos y lograrían evitar la muerte de grupos mayores de judíos presos, ejecución que iban dilatando o burlando. Pero en estos supuestos se puede negar el estado de necesidad sin tener que argumentar en contra de la ponderación cuantitativa, pues por un lado la colaboración activa en las ejecuciones realmente no salvaba la vida de los otros, lo que en realidad salvó vidas fueron las maniobras entorpecedoras o, la ayuda de ciertas personas proporcionándoles una vía de fuga por medio de alguna astucia, pero en segundo lugar tampoco era primordial para llevar a cabo las conductas salvadoras.

¹⁰⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/37.

¹⁰⁹ Pensemos p. ej. en la vida de los jefes de Estado que tienen una mayor protección penal por llevar aparejada su figura el interés público en la preservación de la alta magistratura del Estado.

¹¹⁰ P. ej. una persona trajeada con ropa cara que, para guardarse de la fuerte lluvia y que no se estropee su ropa, le arrebatara un paraguas a un mendigo que lleva ropa vieja y sucia.

puede llevar a cabo una intervención en estado de necesidad que quebrante directamente la dignidad personal por mucho que con ello se intente salvar intereses aparentemente superiores como serían las vidas en peligro de otras personas. Esto se ampara en la prohibición a realizar tortura y tratos degradantes, como recoge el art. 15 CE. Siendo esto así no se podrá escudar en estado de necesidad ninguna actuación que vulnere directamente la dignidad personal del afectado, ni siquiera el controvertido caso de realizar una tortura a un terrorista que sabe dónde se haya una bomba¹¹¹. La falta de proporcionalidad, es decir, provocar un mal mayor que el que se trata de evitar, da lugar a la eximente incompleta por ser menor el injusto objetivo, ya que en definitiva se da la situación básica de conflicto entre intereses, que de primeras todos son dignos de protección

En cuanto al exceso en las causas de justificación se puede dar como resultado dos posibilidades. La primera de ellas se produce cuando el medio empleado es innecesario¹¹² pues cabría la posibilidad de haber usado otro seguro y menos lesivo, o cuando no sea el más apropiado en casos de extrema desproporción o también, si se acepta, en los de defensa ilimitada frente a inculpables, en estos supuestos citados estamos ante lo que se conoce como exceso intensivo (o propio). Implica una atenuación del injusto objetivo (no de la culpabilidad, que depende de las condiciones y circunstancias individuales). En contraposición tenemos el exceso extensivo (o impropio) que supone la ausencia de los requisitos esenciales: no hay una agresión actual y por ello no hay necesidad de defensa¹¹³, por lo tanto, no se dará la atenuación del injusto: ni eximente completa ni incompleta; de todos modos, si el sujeto no fuera consciente de que falta la necesidad de toda defensa, se aplicarán las reglas del error, vencible o invencible.

¹¹¹ Recordando el suceso negro en la historia de Italia cuando se secuestró y asesinó al primer ministro Aldo Moro por parte del grupo terrorista Brigadas Rojas, se planteó la idea de torturar a sujetos que podrían conocer el paradero del primer ministro, pero definitivamente el gobierno italiano no quiso cruzar esa línea por lo que a la estabilidad del Estado de Derecho suponía; LLOBET ANGLÍ, *¿es posible torturar en legítima defensa de terceros?*, InDret, 2010, 5.

¹¹² JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, 77-78.

¹¹³ Discutido es si este exceso se produce en aquellos casos de violencia doméstica en los cuales la mujer actúa en defensa contra su agresor cuando el ataque de este ya ha finalizado y ella opta por el momento más oportuno y que más posibilidades de conseguir su objetivo le otorga, ya que de otro modo no podría ejercerla con el resultado deseado. Lo negativo de esto es que se considera que actúa con alevosía, ya que elige, como hemos dicho, momentos en que la agresión ilegítima no tiene lugar y el agresor esta indefenso o con sus capacidades mermadas (cuando duerme o está ebrio). ELENA LARRAURI, *Violencia doméstica y legítima defensa*, JD, 1994, 1 y 2. CHIESA, *Mujeres maltratadas y legítima defensa*, RP, 2007, 2. GUERRA ESPINOSA, *Estado de necesidad exculpante*, RDCP, 2014, 5. CORREA FLÓREZ, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano en casa*, 2016.

4.2.2. Necesidad racional del medio defensivo vs. necesidad del concreto medio salvador; subsidiariedad

La necesidad del medio defensivo es un requisito inesencial de la legítima defensa, por lo cual su concurrencia o no en nada influye en la presencia de los demás requisitos de la eximente, y de no darse el mismo, el grado de injusto es menor por asistir la situación básica de justificación. Sin este requisito no se podrá apreciar la eximente completa, pero si la incompleta.

Es preciso que el medio o procedimiento utilizado para repeler el ataque sea «el menos lesivo posible para el agresor, pero seguro y suficiente»¹¹⁴ (es decir, cuantitativamente idóneo), lo que si será posible es que este incremente su intensidad si aumenta la de la agresión o no cesa con el primer medio interpuesto. La actuación lógica será la de emplear un procedimiento defensivo acorde a la entidad y peligrosidad de la agresión, por lo que ante una agresión poco relevante será suficiente emplear un medio poco lesivo, por el contrario, ante una agresión peligrosa para bienes de gran relevancia habrá que emplear a medios defensivos muy duros pues son los que aseguran una efectiva erradicación de la agresión. Pero estas pautas pueden no ser así si nos atenemos a las respectivas condiciones personales de los sujetos que intervienen, de las circunstancias que se dan, etc.; de tal modo que un sujeto con alta cualificación en combate no necesitará emplear medios defensivos altamente peligrosos, y a la inversa, un sujeto en inferioridad de condiciones puede necesitar de un medio más duro ante una agresión más leve.

De todas maneras, la poca categoría de la agresión establecerá casi siempre un límite máximo a la necesidad del medio¹¹⁵, ya que es casi inimaginable matar o utilizar otro medio grave para evitar o repeler una agresión de poca entidad.

¹¹⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/60.

¹¹⁵ Un caso que planteó dudas fue el caso de un hombre que, visitando a su anciana madre, la cual residía en una residencia de ancianos, tuvo un encontronazo con otro anciano que parecía ser que molestaba a su madre. El anciano trató de propinarle un puñetazo en la cara a lo que el hombre respondió con un empujón a modo de defensa con el resultado de la caída del anciano, caída que le provocó la fractura de una pierna. En un primero momento, el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Toledo (SAP de 14 de julio de 2017) apreció la eximente incompleta pues consideró excesiva la defensa del hombre hacia el anciano, habiendo bastado con sujetarlo. Pero con posterioridad la SAP de Toledo, de 15 de junio de 2018, apreció que si debía aplicarse la eximente completa puesto que empujar para alejar al agresor no resulta un medio desproporcionado ya que está entre los menos lesivos.

¿Y qué sucede con la posibilidad de auxilio de terceros o de la autoridad, esquivar o fuga? Parece evidente que si se podría emplear alguna de estas opciones, ya que son medios menos lesivos, pero es preciso separar la posibilidad de fuga de otros casos. Es cierto que la opción de huir no impide la necesidad del medio. Y ante las voces que argumentan que la huida es deshonrosa, o que no hay porque ceder ante lo injusto, se puede decir que la fuga realmente impediría la agresión originaria sin daño al agresor, pero por otro lado escoger la huida sería aceptar, y no impedir, otra agresión distinta, que no es otra que la limitación a nuestra libertad de movimientos y seguramente a la dignidad¹¹⁶, bienes también defendibles.

Por lo que se refiere a las opciones de *esquivar o pedir auxilio ajeno o de agentes de la autoridad*, decantarse por estas ya no supone un ataque a nuestra libertad, pues se ha optado por recurrir a otro medio defensivo que le supondría un esfuerzo similar.

En cuanto a la proporcionalidad entre males esta no se requiere en realidad entre los bienes jurídicos¹¹⁷, «racional» no supone proporcionalidad, sino «creencia conforme a la razón»¹¹⁸, en el CP no aparece la exigencia de proporcionalidad de los bienes, de los medios o de los males¹¹⁹ dando pie a que la víctima pueda lesionar, de darse el caso, bienes del agresor de mayor valor que los agredidos. Pero conviene establecer una singularidad para un único caso como es el de extrema desproporción entre los bienes jurídicos. Esto sucede en los supuestos en que es estrictamente necesario causar la muerte del agresor para defender un bien jurídico poco relevante y de una agresión de poca entidad. En estos casos cabe argumentar que no hay necesidad «racional» del medio, si interpretamos «racional» como razonable, mientras que sí es razonable causarle al agresor un perjuicio notoriamente superior cuando sea imprescindible, no es social y jurídicamente razonable utilizar un medio defensivo cuando provoca un daño totalmente desigual a una agresión menor¹²⁰.

Para analizar en más profundidad esa necesidad «racional» me parece interesante el planteamiento de su doble significado expuesto por el profesor LUZÓN PEÑA¹²¹. Por un lado tenemos el sentido ampliatorio de «racional», para el autor la racionalidad, que

¹¹⁶ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/64.

¹¹⁷ En contra de lo que opina gran parte de nuestra doctrina y la jurisprudencia dominante.

¹¹⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/66.

¹¹⁹ Como sucede en el estado de necesidad.

¹²⁰ LUZÓN PEÑA hasta la 2.ª ed. de su *Lecciones de DP PG* no defendía el adjetivo racional de base legal para excluir los casos de extrema desproporción.

¹²¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/69.

considera la necesidad y no el medio, significa por una parte una ampliación del ámbito de la justificación puesto que muestra que es suficiente con tener una creencia objetiva y racionalmente fundada *ex ante*, por tanto razonable, conforme a la razón, de que era necesario emplear ese medio, aunque después se demuestre lo contrario (error objetivamente invencible sobre la necesidad, en el que puede cometer el hombre medio ideal aun habiendo empleado el cuidado debido en esa situación, afirmando por ello que existía «necesidad racional»). Esto se traduce en que inusualmente se asemeja legalmente la causa de justificación solo de la acción a la excluyente del desvalor de resultado.

Visto el sentido ampliatorio continuo ahora con el restrictivo de «racional», pues además de la valoración de la creencia *ex ante* que se pueda hacer, también hay una valoración social y jurídica de la necesidad del método defensivo. Desde este punto de vista no es social y jurídicamente aceptable el empleo de un medio defensivo cuando causa un daño absolutamente desproporcionado frente a una agresión menor, no se podría considerar como un medio racionalmente necesario.

Por último, hablaré de que sucede cuando hay un *exceso* en el medio empleado. Pueden darse dos opciones, por un lado, el llamado *exceso intensivo* (o propio), que se produce cuando se pudo haber empleado otro menos lesivo y seguro, se da una gran desproporción o en la defensa ilimitada frente a inculpables¹²². En todo caso conlleva una atenuación del injusto objetivo, pues el desvalor del hecho, en concreto el desvalor de resultado, es menor cuando al fin y al cabo la actuación principal es de defensa del bien y del Derecho y rechaza una agresión antijurídica, aunque se produzca exceso. Es el motivo por el cual se aplique la eximente incompleta del art. 68 CP¹²³ aunque haya dolo en el exceso; si fuera imprudente esa atenuación se efectúa sobre la menor pena del tipo imprudente¹²⁴. Pero como resultado de las soluciones erróneas propuestas por nuestra doctrina y jurisprudencia surgen opiniones que proponen otro modo de abordar este tema¹²⁵.

Por otro lado, estaría el *exceso extensivo* (o impropio), en el cual ya no hay actualidad en la agresión y como resultado no hay necesidad de defensa, pero como falta ese requisito

¹²² LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP*, 3.ª, 2016, n. m. 23/73.

¹²³ Desde la reforma de la LO 15/2003 se impone una rebaja obligatoria a la pena inferior en uno o dos grados, mientras que en la versión original del CP de 1995 consistía en una rebaja facultativa (siendo lo normal) a la pena inferior en uno o dos grados.

¹²⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/73.

¹²⁵ Como son las propuestas por CEREZO MIR o GIMBERNAT; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/74.

esencial no hay atenuación del injusto, es decir, ni eximente completa ni incompleta¹²⁶. De todas maneras, si el sujeto no llegara realmente a percibir la falta de necesidad de toda defensa, se aplicaría las reglas del error vencible o invencible.

El siguiente requisito inesencial del estado de necesidad es la *necesidad del medio concreto y subsidiariedad*. El estado de necesidad como causa de justificación no solo acoge la necesidad abstracta de salvación, lo que conlleva un sacrificio ajeno o propio para evitar un peligro, sino que además con este requisito se sobrentiende que no hay lugar a otros métodos protectores suficientemente seguros, pero menos lesivos y exigibles. Dentro de este requisito hay que mencionar la subsidiariedad del estado de necesidad, que supone, siempre que quepa esa posibilidad hay que salvar sin lesionar directamente bienes jurídicos ajenos, en primer lugar, solicitando ayuda estatal, ya que es la instancia encargada de proteger los bienes jurídicos por encima de todos, o bien recurriendo a otros medios salvadores legales, también cabe la huida o esquivas, conllevando un cierto sacrificio propio aún menor. Respecto a la imposición de pedir auxilio de terceros —inducción en vez de autoría directa (si se les pide una actuación lesiva), que además conlleva una cierta disminución de la libertad de actuación—, concurrirá normalmente, pero dentro de los límites de que esa posibilidad resulte menos dañina que la acción propia.

Mencionar como última apreciación dentro de este requisito que el exceso intensivo por resultar innecesario el medio empleado puede ser doloso o, como consecuencia de un error vencible o por inconsciencia, imprudente, partiendo en tal caso de la pena del tipo imprudente¹²⁷. Pero en los dos supuestos será de aplicación como añadido la eximente incompleta debido a la disminución del injusto objetivo. Dicho esto, puede suceder que el exceso sea fortuito como resultado de un error objetivamente invencible sobre la necesidad del medio, produciendo en tal caso que no se de responsabilidad¹²⁸.

La principal diferencia que aprecié entre estos dos requisitos tras su análisis es que mientras que en la necesidad del medio defensivo no se exige proporcionalidad entre los bienes afectados, cosa que, si sucede en la necesidad del medio concreto donde hay que escoger la opción menos lesiva, además en el requisito de la legítima defensa se permite incrementar la intensidad del medio si así lo hace la agresión o no cesa. Por último, la

¹²⁶ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/75.

¹²⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/31.

¹²⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/32.

subsidiariedad implica que si se puede salvar el bien sin dañar otros bienes ajenos se debe optar por ello; tampoco exigible en el caso de la legítima defensa.

4.2.3. Falta de provocación suficiente vs. falta de provocación intencional

Al igual que el resto de requisitos inesenciales tiene la peculiaridad de que, aunque esté presente, o no, no interfiere en la presencia del resto de requisitos de la legítima defensa, por lo tanto, si hay falta de provocación suficiente se puede apreciar la eximente incompleta.

Este requisito ha enfrentado a la doctrina española y alemana, sin que se consiga unanimidad ni claridad en las exposiciones. La doctrina y jurisprudencia española considera como «suficiente» la provocación proporcionada y adecuada a la relevancia de la agresión, de manera que reduce su culpabilidad, pidiendo parte de ellos que sea socialmente reprobable y otros que sea antijurídica. En la «provocación intencional o de propósito», en la cual se busca precisamente la agresión con el fin de poder lesionar los bienes del agresor con la defensa (conocido como «pretexto de legítima defensa»), un sector valora que falta algo más que este requisito al que hacemos mención, pues falla un requisito esencial como es el defensivo o la necesidad de defensa, con lo que no se podría aceptar ni la eximente incompleta¹²⁹. La opinión generalizada es que la praxis y ciencia española son muy insatisfactorias a este respecto, porque dejan en gran parte sin aclarar por qué la provocación puede convertir en ilegítimo lo que en principio era legítimo.

En la doctrina alemana moderna¹³⁰ en cambio se han realizado criterios que explican la exclusión de la licitud de la defensa o, al menos, la limitación de su extensión ante ciertos supuestos de provocación de la agresión. Siendo consideradas insuficientes las provocaciones fortuitas ni las objetivamente lícitas, existen posiciones que niegan la legítima defensa o, al menos minimizan su amplitud a una defensa auxiliar y similar al estado de necesidad, siempre que en el aspecto objetivo la provocación sea antijurídica, y para algunos también si es socialmente reprobable, y en el aspecto subjetivo, para unos solo en los supuestos de provocación dolosa (eventual) o intencional de la agresión y la

¹²⁹ Para LUZÓN PEÑA esto es incorrecto, considera que la ausencia de ánimo defensivo es irrelevante.

¹³⁰ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.^a, 2016, nn. 23/84 y 23/85.

necesidad de posterior defensa, y para otros, también en supuestos de provocación imprudente respecto de la necesidad de defensa. Estas restricciones a la defensa tienen su base o bien en criterios demasiado inconcretos o poco concluyentes, como la mayor exigibilidad al provocador, el abuso del derecho o la posición de garante concurrente en el provocador, o bien en el principio material de la falta de legitimación personal del provocador para ser defensor del ordenamiento jurídico.

Es por eso que autores como ROXIN¹³¹ consideran que la legítima defensa solo tiene justificación cuando además de la defensa del bien jurídico se efectúa la del Derecho a través de alguien legitimado, pero que para determinadas provocaciones —para las ilícitas o reprobables y además culpables, si son imprudentes, dolosas o intencionales— el provocador no puede figurar como representante y protector del ordenamiento jurídico que ha sufrido la agresión, sino que su respuesta solo tiene el sentido de una restitución o arreglo de cuentas interno.

La opinión correcta debe partir de que la provocación «suficiente» ha de ser capaz de transformar en ilegítima la defensa que en principio era legítima. Esto solo parece admisible cuando el Derecho no necesite ser defendido en concreto por una persona, por resultar esta por su provocación ilegítimada para actuar como su representante y defensor, es decir, del mismo modo que en el exceso falla la necesidad de la defensa concreta de bien jurídico, en la provocación suficiente habrá en principio necesidad de defensa genérica del Derecho y del bien jurídico, pero se equivoca en la necesidad de defensa del Derecho por ese sujeto concreto. Pero ese solo sería el caso en aquella provocación que deje claro ante todos que el sujeto no tiene legitimación para actuar como defensor del Derecho, sobre todo, cuando la mayoría así lo perciba, el provocador haya renunciado a la protección jurídica de la legítima defensa, es decir, a la defensa del Derecho y por parte del Derecho, queriendo solventar el asunto como una cuestión interna. Pero esto no sucede en los supuestos antes planteados, más bien en la provocación y aceptación libre del reto para un duelo o, como caso más frecuente y actual, para una riña mutuamente acordada. En tales supuestos queda patente que los intervinientes quieren solucionar sus problemas al margen del Derecho y rechazan la solución y defensa jurídica, por lo que no estarán legitimados, y queda constancia de que no lo desean, para actuar en defensa del Derecho. De otro modo, en los restantes supuestos de provocación, lícita o ilícita, bien

¹³¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 23/86.

sea intencional, dolosa eventual, imprudente o fortuita, no estamos ante una provocación suficiente en sentido legal.

Por el lado del estado de necesidad está el requisito inesencial de la falta de provocación intencional, en caso de no concurrir se podrá acudir a la aplicación de las reglas del art. 21. 1.º CP para los casos de eximentes incompletas. Como es de deducir supone que la situación de necesidad que se presenta no haya sido originada a propósito por el sujeto¹³². En cambio, en base a la figura de la *actio illicita in causa*, con independencia de la regulación legal manifestada habrá responsabilidad penal si se provoca dolosamente la causación final de un mal. De acuerdo con la *actio illicita in causa* no solo la provocación intencionada de la actuación lesiva final, sino también la dolosa eventual o imprudente dan lugar a responsabilidad por causación dolosa o imprudente de un desvalor de resultado. Por este motivo para que dicho requisito tenga identidad propia hay que interpretar que se refiere a falta de provocación intencional de la situación, no por el agente, sino por parte del necesitado a quien otros tendrían que salvar. La voluntariedad en la intencionalidad es referida al sujeto que actúa, no al portador del bien jurídico en caso de auxilio necesario. La clave en este requisito reside, en el caso de la causa de justificación, en la ponderación de intereses, que se decanta a favor de los lesionados o puestos en peligro y en el supuesto de la causa de exclusión de la culpabilidad porque el sujeto que ocasionó la situación de necesidad deberá actuar conforme a Derecho.

La conclusión a la que llego es que la falta de provocación suficiente es aquella que convierte en legítima o no la defensa dependiendo de la actuación previa de la potencial víctima, mientras que la falta de provocación intencional analiza si quien recurre al estado de necesidad en el fondo no persigue otra cosa que poder dañar o destruir los bienes del agresor.

4.2.4. Falta de obligación de sacrificio

El último de los requisitos inesenciales, perteneciente al estado de necesidad, es la *inexistencia de obligación de sacrificio*. Recogido en el art. 25. 5.º Tercero CP «que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse», se refiere al

¹³² Se plantea si provocar «la situación de necesidad» hace referencia solo a provocar a propósito el peligro origen de la situación, o si es necesario que el sujeto busque precisamente ese conflicto para poder acogerse a la eximente.

necesitado, no a quien actúa, impidiendo intervenir en ayuda de quien está obligado a sacrificarse (como sucede con ciertas profesiones de riesgo como los bomberos, socorristas, marineros, u otras como médicos).

Al ser un requisito no esencial en caso de no darse cabe la opción de aplicar la eximente incompleta por medio del art. 21. 1.º CP. No debe ser aplicada con carácter absoluto ya que el TS lo elimina en supuestos de sacrificio inútil y tampoco deberá ser exigible cuando exista una gran desproporción entre los intereses en juego¹³³.

Pero las personas que ejercen algunas de las profesiones mencionadas, según la opinión dominante, no quedan aisladas de un modo absoluto de la aplicación de dicha eximente. De otro lado, cuando la desproporción entre los bienes en conflicto es grande, se promueve por algunos autores la aplicación de la eximente a pesar de esa obligación de sacrificio¹³⁴. El fundamento de este requisito en el caso de la causa de justificación está en la ponderación de intereses, así como en el de la causa de inculpabilidad en la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

¹³³ P. ej. un bombero queda atrapado en un incendio y para abrirse camino hacia la exterior emplea como palanca una figura de marfil de gran valor que termina por romperse; GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de DP PG*, 2011, 454.

¹³⁴ CEREZO MIR, *Curso de DP español PG III*, 2.ª, 1998, 53. Para JIMÉNEZ DE ASÚA no es de recibo pedir, p. ej., a un bombero, que sacrifique su vida para salvar un objeto de naturaleza patrimonial; como no se puede pedir al marinero que renuncie a su vida por no tirar la mercancía por la borda cuando resulte un lastre.

5. EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

Me parece correcto definir el estado de necesidad defensivo¹³⁵ como aquel marco de necesidad individual en el que la protección del interés amenazado exige que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan «*defensivamente*» en la esfera de los intereses jurídicopenalmente protegidos de un tercero¹³⁶ ya que de ahí proviene el peligro que supone la amenaza¹³⁷. Otra definición podría ser que es un tipo especial de estado de necesidad en el cual la acción salvadora actúa contra una cosa o una persona que resulta ser el origen del peligro¹³⁸, aunque no llega a crear una «*agresión ilegítima*» que justifique una legítima defensa. En el DP español cabe la posibilidad de argumentar que el estado de necesidad defensivo tiene cabida en el art. 20. 5.º CP, o bien defender la postura mantenida por autores como LUZÓN PEÑA¹³⁹ de que dicha figura puede ser admitida como *causa de justificación supralegal por analogía* con la legítima defensa por una parte y con el estado de necesidad por otra, puesto que tiene similitudes con ambas. Ya que se trata de una reacción frente a la fuente del peligro, se modifica la ponderación de intereses en contra de esta; y en similitud con la legítima defensa existe la opción de causar un mal mayor que el que amenaza. Pero, dicho lo anterior, al no resultar la fuente del peligro (humana, animal o natural) una agresión ilegítima, tiene que darse un mínimo de proporcionalidad entre los males —similitud con el estado de necesidad—, por lo que el mal causado no puede ser, aunque resulte irremediable, desproporcionalmente superior al que amenaza.

Esta causa de justificación tiene encaje práctico en supuestos en los cuales la procedencia del peligro sean cosas, animales, siempre que no sean dirigidos por humanos, o de movimientos humanos que no sean una acción, como sucede en los supuestos de fuerza irresistible, actos reflejos, movimientos compulsivos y estados de inconsciencia (sueño, desmayo, pérdida de conciencia, narcosis, embriaguez letárgica, sonambulismo, hipnosis) o solo resulten imprudentes y que por lo tanto no suponen una agresión, frente a agresiones

¹³⁵ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2.ª, 2016, 156; PAWLIK, *El estado de necesidad defensivo justificante dentro de los sistemas de los derechos de necesidad*, DPC, 2013, 2.

¹³⁶ JAKOBS, *Principios y límites de la justificación*, DPC, 2013, 4.

¹³⁷ P. ej. supuesto en el que un taxista conduce de forma temeraria y un peatón, que ve como se dirige hacia él, le tira una piedra al cristal delantero, provocando que el taxi se estrelle contra la puerta del garaje de una casa provocando daños mayores en que la lesión que podría haber sufrido el peatón.

¹³⁸ COCA VILA, *Entre la responsabilidad y la solidaridad, el estado de necesidad defensivo*, InDret, 2011, n.º 1, 2. Cabría también ante una legítima defensa putativa. BOLEA BARDÓN, *El exceso intensivo en la legítima defensa putativa*, 1998, 17.

¹³⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 24/50.

amparadas en algunas causas de justificación solo de acción (pero no de resultado) ante agresiones antijurídicas pero que no llegan a formar «agresión ilegítima» en Derecho positivo (agresiones atípicas) y los delitos patrimoniales contra la morada que no se encuadren en el concepto legal de agresión ilegítima a bienes o a la morada¹⁴⁰. Así como las lesiones que se realicen a instrumentos agresivos que sean ajenos al agresor.

Es importante esclarecer qué grado de vinculación existe entre el peligro y el sujeto del que proviene para poder establecer si realmente nos encontramos ante un peligro en estado de necesidad, si resulta suficiente la localización de la fuente de peligro en el ámbito de organización del sujeto contra el que se actúa es causa suficiente para amparar intromisiones que se exceden del propio estado de necesidad agresivo.

Podemos decir que el estado de necesidad defensivo se mueve en tres grandes corrientes doctrinales. La primera de ellas es la del *vínculo fáctico*, que cuenta con el apoyo de gran parte del sector doctrinal español y alemán¹⁴¹, para la que el origen del peligro tiene su origen en un sujeto; que será argumento suficiente para aplicar deberes de tolerancia intensificados y justificar injerencias que lesionan más de lo salvaguardado. El fundamento de esta corriente es la verificación de la mera ubicación fáctica de la fuente de peligro en la esfera del afectado, dando fundamento a la imputación de responsabilidad por el peligro que amenaza o, en todo caso, es motivo suficiente para imponer deberes de tolerancia intensificados. Es indiferente que el sujeto se halle «en el lado de la fuente de peligro», que el peligro provenga de su esfera o que solo esté «implicado en la fuente del peligro».

La segunda corriente es la relativa a la *quiasirresponsabilidad*¹⁴², en la que se busca una responsabilidad atenuada, de modo que la unión fáctica sin un mínimo grado de responsabilidad por el peligro no permite el acudir al estado de necesidad defensivo. Quienes apoyan esta postura se oponen a argumentar la distinción entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo en la conexión externa entre el peligro y una esfera de dominio.

JAKOBS es partidario de invertir el criterio de proporcionalidad para los casos de estado de necesidad defensivo solo cuando el sujeto cuyos bienes se intervienen para la salvación

¹⁴⁰ Es decir, que no se pongan los bienes patrimoniales en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes o supongan un allanamiento de morada pasivo.

¹⁴¹ Así, LUZÓN PEÑA, MIR PUIG, ROXIN entre otros.

¹⁴² De esta opinión, JAKOBS, PAWLIK, BALDÓ LAVILLA, SILVA SÁNCHEZ.

ante el peligro concreto es responsable del mismo¹⁴³. Estaremos, pues ante un estado de necesidad defensivo cuando la víctima de la intervención debe eliminar ella misma el peligro, por ser responsable; o no si le falta capacidad. Para el mismo autor la base del estado de necesidad defensivo es el principio de responsabilidad atenuado, al cual denomina *principio de ocasionamiento*. De este modo es responsable tanto el sujeto que origina el riesgo inculpablemente como al que crea un riesgo permitido especial. Entiende que una injerencia en estado de necesidad defensivo exige, como poco, un comportamiento organizador de tal modo que la situación de conflicto para los intereses ajenos no sea cosa del azar, sino que provenga de un aumento significativo del peligro como resultado de ese comportamiento organizador previo.

La tercera y última corriente sería la de la *responsabilidad*, en la que se entiende que imponer un deber de tolerancia intensificado solo podría fundamentarse sobre la infracción del principio de responsabilidad, pudiendo ser imputable la creación del riesgo a un comportamiento organizador. Este fundamento entonces sería común al estado de necesidad defensivo y la defensa necesaria. En nuestro país BALDÓ LAVILLA¹⁴⁴ incide en que la principal característica del estado de necesidad defensivo es que en ellas hay un sujeto que es responsable en algún modo de la situación de necesidad generada.

¹⁴³ COCA VILA, *Entre la responsabilidad y la solidaridad, el estado de necesidad defensivo*, InDret, 2011, 11.

¹⁴⁴ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2.ª, 2016, 140.

6. EL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Aún hoy está presente la discusión sobre si la creencia equivocada en la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación (causa de justificación putativa o imaginaria)¹⁴⁵ debe ser considerada como error de tipo o como error de prohibición. De conformidad con LUZÓN PEÑA¹⁴⁶, analizare este problema por medio de tres teorías. Comenzando por la *teoría del dolo*, para esta no resultó ser un problema el error sobre los elementos de las causas de justificación, ya que cualquier error, bien sobre elementos del tipo (del «hecho» legalmente previsto), bien sobre la antijuricidad, excluye el dolo y, de ser vencible, habrá imprudencia, mientras que, si es invencible, no habrá ni dolo ni culpa. Sucede lo mismo con el error sobre las causas de justificación, tanto si se compara a una u otra clase de error como si lo consideramos una clase intermedia de error.

La teoría estricta de la culpabilidad (o finalista) defiende una distinción contundente entre error de tipo y error de prohibición, con relevancia de ambos, pero con mayor eficacia del error de tipo, el único que excluye el dolo, mientras que el error de prohibición afecta solo a la culpabilidad en la realización del tipo doloso. Afirma también que el error sobre las causas de justificación no es un error de tipo, sino simplemente de prohibición; postura compartida también por autores no finalistas. De acuerdo con esta idea, es error de prohibición no excluyente del dolo no solo que el autor se imagine una causa de justificación inexistente o que amplíe más de lo jurídicamente permitido los límites de una causa de justificación, sino también la creencia equivocada de que se dan los presupuesto, fácticos o normativos, de una causa de justificación¹⁴⁷.

Por otro lado, existe la *teoría restringida o limitada de la culpabilidad*, que hace una restricción en el ámbito del error meramente excluyente o atenuante de la culpabilidad (error de prohibición), afirmando que el error sobre los presupuestos de las causas de

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa*, RP, 2009, 5.

¹⁴⁶ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª, 2016, n. m. 17/69.

¹⁴⁷ P. ej. un cazador, que vuelve a su casa, ve como un hombre armado con un cuchillo se dispone a apuñalar a otro en medio de la calle; el cazador rápidamente carga su arma y le dispara provocándole la muerte, pero lo que no sabía era que se trataba de una actuación urbana de una compañía de teatro para promocionar su nueva obra (supuesto de legítima defensa putativa). Pese a que sufre un error objetivamente vencible (causado por la precipitación y falta de cuidado debido) sobre la concurrencia fáctica del presupuesto — agresión ilegítima a un tercero — de la legítima defensa, esta teoría considera que estamos ante un homicidio doloso, pero el autor no es consciente de la antijuricidad, por lo tanto, si el error era — como parece ser — subjetivamente vencible, se atenuará la culpabilidad; solo si por circunstancias personales especiales del autor, como puede ser falta de inteligencia o incultura, el error fuera subjetivamente invencible, se excluiría su culpabilidad.

justificación no es un error de prohibición, sino de tipo (o al menos así debe ser tratado). Pero esta teoría tiene dos fundamentaciones y posturas distintas. Una de ellas es la *teoría de los elementos negativos del tipo*¹⁴⁸, que considera al tipo penal como un tipo global de injusto, conteniendo todos los elementos que apoyan la específica y definitiva desvaloración y prohibición de la conducta. Será preciso que englobe no solo los elementos legales que describen una determinada forma de ataque a algún bien jurídico, sino también la ausencia de causas de justificación generales o específicas de esa clase de delitos, que es lo que confirma la antijuricidad de la conducta por no haber razones materiales que fundamenten su no prohibición y compone la parte negativa del tipo¹⁴⁹. De este modo, si las causas de justificación son elementos negativos del tipo, la creencia equivocada de que concurren los presupuestos objetivos, ya sean elementos descriptivos o normativos, de una causa de justificación es un error de tipo. La otra postura es la seguida por la *teoría de la analogía* y el tratamiento asimilado al error de tipo que se opone a la teoría de los elementos negativos del tipo, rechazando que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación sea en sentido estricto un error de tipo, pero materialmente tiene la misma significación que el error sobre elementos del tipo, siendo su estructura análoga al mismo, con lo que debe ser tratado como error de tipo y no de prohibición.

Resumiendo, el tratamiento del error sobre la existencia o no de los presupuestos de una causa de justificación es idéntico al de cualquier error de tipo, de ese modo excluirá, en todo caso, el dolo, remitiendo a la imprudencia si resulta ser objetivamente vencible y, si es objetivamente invencible, al caso fortuito. Si, aun siendo objetivamente vencible el error, como consecuencia de causas individuales, es personalmente invencible para el sujeto, su conducta será imprudente, pero no culpable.

El error objetivamente vencible puede consistir en la errónea y evitable creencia de la concurrencia fáctica de elementos descriptivos o normativos de una causa de justificación, o en la falsa y evitable interpretación jurídica de algún elemento normativo de una causa de justificación. Dicho error objetivamente vencible puede darse no solo sobre presupuestos esenciales; también se aprecia en otros requisitos inesenciales de una causa de justificación, como la necesidad racional del medio empleado en la legítima

¹⁴⁸ Tesis compartida por LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª ed., 2016, n. m. 17/75 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, 2008, 87.

¹⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3.ª ed., 2016, n. m. 17/75.

defensa o del medio concreto en el estado de necesidad, pero utilizando de buena fe, y a su vez, indebidamente, un acto más lesivo que el realmente necesario. Este error da lugar a la comisión imprudente del hecho (que se vería también atenuado por no concurrir los elementos esenciales de la causa de justificación correspondiente). El error objetivamente invencible o creencia racionalmente fundada de que se dan los presupuestos de una causa de justificación excluye toda imprudencia. La jurisprudencia del TS, hasta hace pocos años, asemejaba estos casos de creencia racionalmente fundada con la propia causa de justificación real.

CONCLUSIONES

I. Tanto la legítima defensa como el estado de necesidad autorizan la realización de conductas que normalmente serían típicas y antijurídicas siempre que se realicen para defender o salvar bienes jurídicos en peligro y con determinados requisitos; son, por tanto, **causas de justificación** que anulan la prohibición o mandato general implícita del tipo penal concreto y convierten en lícito lo que por lo general es penalmente ilícito.

II. Ambas eximentes se diferencian en su **fundamento** (pues en el caso de la legítima defensa, además del fundamento individual, hay también uno supraindividual: el interés en defender en Derecho frente a agresiones ilegítimas), en su **naturaleza** (siendo la legítima defensa una causa de justificación —también— del resultado, mientras que el estado de necesidad lo es —solo— de la acción), en los **bienes jurídicos** que amparan (solo individuales en el caso de la legítima defensa) y en sus concretos **requisitos**.

III. En cuanto a los **requisitos esenciales**, primer filtro para que se admita la causa de justificación en su totalidad (eximente completa) o parcialmente (eximente incompleta), son dos en ambas figuras: una situación que pone en peligro los bienes jurídicos (**agresión ilegítima** o **situación de necesidad**) y una necesidad de actuar para defender o salvar dichos bienes jurídicos (**defensa** o **acción salvadora**). La diferencia fundamental es que, en el primero de estos requisitos paralelos, la agresión ilegítima tendrá que provenir de una acción humana típicamente (y dolosa) antijurídica; mientras que la situación de necesidad incluirá el resto de situaciones peligrosas que provengan de fuentes distintas.

IV. Respecto de los **requisitos inesenciales**, que no son de obligado cumplimiento, pero su presencia determinará el grado en que la eximente será aplicada (completa o incompleta), existen dos clases: los que se dan de manera paralela en ambas circunstancias y los que solo se exigen solo en el estado de necesidad (más exigente por su fundamentación). Son paralelos: la **necesidad racional del medio defensivo** y la **necesidad del concreto medio salvador** (que implica **subsidiariedad**), así como la **falta de provocación suficiente** y la **falta de provocación intencional**; y se exigen solo en el estado de necesidad: la **proporcionalidad** (sin que exista base legal para exigirla en la legítima defensa, sin perjuicio de las soluciones propuestas por la doctrina para evitar los supuestos de extrema desproporción) y la **falta de obligación de sacrificio**. También se suele incluir entre estos requisitos la exigencia o no de un **elemento subjetivo**.

V. A medio camino entre ambas causas de justificación está el **estado de necesidad defensivo**: creada (en nuestro ordenamiento) por analogía con el estado de necesidad (ofensivo) y la legítima defensa para responder sin las exigencias de proporcionalidad de la primera causa a situaciones que no se subsumen bajo los supuestos que autorizan la segunda (por no constituir agresión ilegítima); se actúa, pues, frente a la fuente de peligro.

VI. Por último, el **error** en las causas de justificación podrá ser **de tipo** (si es sobre los presupuestos o requisitos objetivos, esenciales o inesenciales —aunque con distintas consecuencias—) o **de prohibición** (si es sobre la existencia misma de la causa de justificación o sobre su alcance).

BIBLIOGRAFÍA¹⁵⁰

BALDÓ LAVILLA, Francisco: *Estado de necesidad y legítima defensa, un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 2.ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

BOLEA BARDÓN, Carolina: *El exceso intensivo en la legítima defensa putativa*, ADPCP, 1998, tomo 51, fasc./mes 1-3, 613-642.

CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo III*, 2.ª ed., Madrid, editorial Tecnos, 1998.

CHIESA, Luis Ernesto: *Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona*, RP, 2007, n.º 20, 50-57.

COCA VILA, Ivó: *Entre la responsabilidad y la solidaridad, el estado de necesidad defensivo*, InDret, 2011, n.º 1, 1-41.

COCA VILA, Ivó: *La legítima defensa frente a omisiones*, ADPCP, 2016, tomo 69, fasc./mes 1, 75-122.

CORREA FLÓREZ, María Camila: *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Derecho penal español Parte General en esquemas*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: *¿Posición de garante derivada de la legítima defensa?*, InDret, 2018, n.º 4, 1-23.

DUTRA CETUSIC, Matías N.: *Uso de la fuerza ¿conflicto entre la prohibición de su uso y la validez de la legítima defensa preventiva en el contexto de la lucha contra el terrorismo organizado?*, RPyE, 2017, n.º 129, 45-87.

¹⁵⁰ En los títulos en los que hay negrita, esta es propia y destaca el título abreviado que se ha utilizado para las citas en el cuerpo del trabajo.

FLETCHER, George P.: *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GALLEGO GARCÍA, Marta: *La legítima defensa a raíz del conflicto sirio*, AD, 2018, vol. 36, n.º 1, 6.

GARCÍA MARÍN, José María: *La legítima defensa en el Derecho castellano de los siglos XVI a XVII*, AHDE, 1987, n.º 57, 759-770.

GARCÍA MARÍN, José María: *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, AHDE, 1980, n.º 50, 413-438.

GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *Nociones fundamentales de derecho penal*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel/TAPIA BALLESTEROS, Patricia: *Derecho penal. Ejercicio profesional de la Abogacía. Consejo de la Abogacía de Castilla y León*, Francis Lefebvre, Barcelona, 2016-2017, 684-687.

GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés: *Estado de necesidad exculpante: A propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un caso emblemático*, RDCP, 2014, n.º 20, 33-80.

GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés: *Principio de no contradicción en el estado de necesidad*, RD, 2017, vol. 30, n.º 2, 367-389.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: *Perspectiva Histórico-Cultural y comparada de la legítima defensa*, 2.ª ed., Servicio de publicaciones Universidad de Burgos, Burgos, 1999.

JAKOBS, Günther: *Principios y límites de la justificación*, DPC, 2013, vol. 34, n.º 97, 13-28.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Defensa social, legítima defensa, defensa putativa y otros temas penales*, Serie estudios clásicos del Derecho penal, vol. 5, Editorial Jurídica Universitaria, México D.F., 2002.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007.

LARRAURI, Elena: *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal*, JD, 1994, n.º 23, 22-23.

LLOBET ANGLÍ, Mariona: *¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?*, InDret, 2010, n.º 3, 1-44.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia: *La ponderación en el estado de necesidad*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2006.

MIRAT HERNÁNDEZ, Pilar: *Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección*, RPM, 2014, n.º 6, 191-207.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: *La legítima defensa del Derecho penal*, RJUAM, 2012, n.º 25, 19-48.

MONTANO GÓMEZ, Pedro J.: *Legítima defensa ¿el fin justifica los medios?*, RD, 2016, año 15, n.º 29, 59-63.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa*, RP, 2009, n.º 24, 122-134.

PAWLIK, Michael: *El estado de necesidad defensivo justificante dentro de los sistemas de los derechos de necesidad*, DPC, 2013, vol. 34, n.º 96, 13-29.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando: *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa?*, InDret, 2008, n.º 1, 1-23.

PEREDA, Julián: *Problemas alrededor de la legítima defensa*, ADPCP, 1967, tomo 20, fasc./mes 1-2, 435-462.

ROA AVELLA, Marcela: *Mujer maltratada y exclusión de la responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*, NV, 2012, Vol. 21, n.º 65, 49-70.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte general*, editorial Dykinson, Madrid, 2006.

SANDOVAL DELGADO, Emiliano: *La legítima defensa*, LJ, 2016, n.º 21, 1-18.

SILVA OLIVARES, Guillermo: *Imputación y causas de justificación*, REJ, 2013, n.º 18, 25-58.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, ADPCP, 1982, tomo 35, fasc./mes 3, 663-692.

TORRIJOS RIVERA, Vicente: *Colombia, las FARC y la legítima defensa*, RPyE, 2009, n.º 113, 175-190.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación: *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.

VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita: *El error sobre los elementos inesenciales de la legítima defensa*, en: VALDÉS GARCÍA, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita: *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, 1.687-1.711.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna: *Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de la responsabilidad penal*, RD, 2010, vol. 23, n.º 2, 149-174.

WILENMANN VON BERNATCH, Javier: *La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas*, RIP, 2017, vol. 23, n.º 1, 419-464.