



**III**

**2019**

**N.º 129**

**cuadernos  
de política criminal  
segunda época**

**Edita**

*Dykinson, S.L.*



# CONTENIDO

---

## SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

EL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE  
(ART. 382 BIS CP): UNA REFORMA INADECUADA E  
INNECESARIA. Por *Elena Marín de Espinosa Ceballos* ..... 5

LA DEFENSA Y SU NECESIDAD RACIONAL. Por *María José  
Jiménez-Díaz* ..... 33

A PROPÓSITO DE LA TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD DE  
CONCIENCIA, LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y EL  
RESPECTO A LOS DIFUNTOS EN EL ORDENAMIENTO  
ESPAÑOL. Por *Fátima Pérez Ferrer* ..... 65

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA PENA DE INHABILITA-  
CIÓN PROFESIONAL ORIENTADA A LA PROTECCIÓN DE  
MENORES. Por *Marta García Mosquera* ..... 109

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS  
DENUNCIANTES EN CASOS DE CORRUPCIÓN EN  
EL SISTEMA ESPAÑOL. Por *Maria Fe Blanes Soliva y  
Fabiola Meco Tébar* ..... 153

## SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

VÍCTIMIZACIÓN EN EL DEPORTE: DE LA VICTOROLOGÍA  
A LA VICTIMOLOGÍA. Por *Myriam Herrera Moreno y  
José Manuel Ríos Corbacho* ..... 187

## SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. Por Manuel Jaén Vallejo....	231
---	-----

## SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A ESTEBAN PÉREZ ALONSO (DIRECTOR); PEDRO MERCADO PACHECO/SOFÍA OLARTE ENCABO/ÁNGELES LARA AGUADO/INMACULADA RAMOS TAPIA/ESTHER POMARES CINTAS/PATRICIA ESQUINAS VALVERDE (COORDINADORES). <i>EL DERECHO ANTE LAS FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD</i> . TIRANT LO BLANCH, VALENCIA 2017, 1095 páginas. Por <i>Fernando Velásquez Velásquez</i> .....	249
---	-----

## SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

<i>IN MEMORIAM</i> : ELENA GÓRRIZ ROYO. Por <i>José L. González Cussac</i> .....	259
--	-----

NOTICIARIO .....	265
------------------	-----

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC .....	269
---	-----

# LA DEFENSA Y SU NECESIDAD RACIONAL

## *Defense and its rational need*

---

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ-DÍAZ\*

*Fecha de recepción:* 08/09/2019

*Fecha de aprobación:* 27/09/2019

**RESUMEN:** Este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre un requisito de la legítima defensa, el segundo legalmente recogido en el artículo 20.4.º del Código Penal, que a día de hoy sigue sin ser pacífico en lo que respecta a si la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima debe ser (o no) interpretado a la luz del principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, tras ofrecer una breve revisión de la jurisprudencia y de la doctrina científica al respecto, se analizan los aspectos clave para determinar la racionalidad de la defensa, entre los que destaca el examen del principio de menor lesividad y los criterios para valorar dicha racionalidad. Por último, se realiza una aproximación a aquellos supuestos en los que la defensa es irracional por incumplimiento del requisito analizado y que técnicamente dan lugar a la aparición de la figura denominada exceso intensivo o propio.

**PALABRAS CLAVE:** Legítima defensa, artículo 20.4.º CP, racionalidad de la defensa, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, principio de proporcionalidad, principio de menor lesividad, defensa irracional, exceso intensivo o propio.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to reflect on a requirement of self-defense, the second legally stated in article 20.4.º penal code, which to this day is still not peaceful as to whether the rational need of the means used to prevent or repel illegitimate aggression must be interpreted (or not) according to the principle of proportionality. From this perspective,*

---

\* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada.

*after offering a brief review of jurisprudence and scientific doctrine in this regard, the key aspects are analysed to determine the rationality of defence, among which the examination of the principle of least harmfulness and the criteria to assess such rationality. Finally, an approach is made to those cases in which the defense is irrational for breach of the analyzed requirement and that technically give rise to the appearance of the figure called intensive or own excess.*

**KEYWORDS:** *Self-defense, article 20.4.º penal code, rationality of the defense, rational need for the means used to prevent or repel aggression, principle of proportionality, principle of least harmfulness, irrational defense, intensive or own excess.*

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. El requisito legal de la necesidad racional del medio: 1. *Interpretación jurisprudencial.* 2. *Interpretación doctrinal.* 3. *Determinación de la racionalidad de la defensa:* 3.1. El principio de menor lesividad. 3.2. El medio empleado para la defensa. 3.3. Criterios para valorar la racionalidad de la defensa. 3.4. El error objetivamente invencible acerca de la necesidad racional del medio.- III. La defensa irracional: el exceso intensivo. Delimitación de su ámbito.

## I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de cualquier institución penal se ve condicionado por el conjunto de circunstancias coyunturales que confluyen en un determinado contexto histórico. La legítima defensa, no solo no se sustrae a dicho condicionamiento, sino que es una de las categorías más permeables a la influencia de las concepciones axiológicas y culturales dominantes en la comunidad, lo que explica que su carácter atemporal y universal sea compatible con los vaivenes a los que queda sometido el alcance del derecho de defensa, según cuáles sean las circunstancias que configuran el modelo político-social imperante<sup>1</sup>.

Huelga decir que nos encontramos ante la causa de justificación por excelencia en todos los sistemas penales<sup>2</sup>. Doctrinalmente, ha sido y si-

<sup>1</sup> De esta opinión, IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999, p. 3. Para un análisis exhaustivo, vid. del mismo autor: *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 1999.

<sup>2</sup> En España apareció por vez primera con un alcance general en el Código de 1848, y su última gran modificación tuvo lugar mediante la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, “en la que se suprimió la tradicional, pero muy criticada, distin-

que siendo objeto de innumerables trabajos dogmáticos tanto nacionales como internacionales. Jurisprudencialmente, acapara el mayor número de resoluciones judiciales dictadas en materia de exclusión de la antijuricidad, lo que supone que los tribunales españoles se han pronunciado sobre sus aspectos más consensuados y también respecto de los más controvertidos. Como con razón afirma STRATENWERTH, hay pocos temas en la dogmática del Derecho penal que hayan sido discutidos con tanta exhaustividad en los últimos años, debido a que de la interpretación del derecho a la legítima defensa depende, esencialmente, cómo se configuren en definitiva las relaciones de los individuos entre sí y de estos con la comunidad<sup>3</sup>. Tras las afirmaciones anteriores sería factible deducir que la legítima defensa ya está agotada en su análisis y que, por tanto, no requiere ser objeto de más investigaciones. No obstante, entendemos que todavía existen bastantes aspectos que, lejos de mostrar la claridad técnica que requieren, se presentan difusos, enrevesados e, incluso, a veces contradictorios en su interpretación y que, en consecuencia, actualmente siguen exigiendo atención dogmática y político-criminal<sup>4</sup>. Como con ra-

---

ción entre legítima defensa propia, de familiares y extraños, que a partir de entonces pasan a tener un tratamiento idéntico” (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “La legítima defensa del Derecho penal”, *RJUAM*, nº 25, 2012-I, p. 20).

<sup>3</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 194.

<sup>4</sup> Como muestra baste mencionar el intenso debate que recientemente ha suscitado el caso de “Borja el altruista”, “Borja el Salvador”, “Borja el justiciero” o “el héroe Borja” (según las diferentes denominaciones otorgadas por algunos medios de comunicación), cuyos *hechos probados* fueron los siguientes:

“Se considera probado y así expresamente se declara que alrededor de las 07:45 horas del día 8 de febrero de 2.015, el acusado, B., mayor de edad y sin antecedentes penales, se encontraba en compañía de J. y N. cuando caminaban por la calle xxx de Fuengirola (Málaga).

Que en ese momento el acusado y sus acompañantes acudieron en auxilio de M., quien estaba siendo golpeada por A. y M. para sustraerle el bolso que portaba hechos que son objeto de otro procedimiento. J. y N. se quedaron en compañía de M. mientras que el acusado salió corriendo tras A. para recuperar el bolso sustraído.

Que tras dar el acusado alcance a A. y, ante la negativa de éste de entregar el bolso, se produjo un forcejeo entre ambos en el curso del cual el acusado, siendo consciente de las graves consecuencias que podría causar con su acción aunque sin pretender ni consentir la efectiva producción de las mismas, propinó a aquél dos puñetazos, uno de ellos en la cabeza y otro, bien en el mismo lugar, bien en el cuello o en el hombro, que determinó que cayera al suelo, sufriendo un traumatismo craneoencefálico con hemorragia cerebral que le provocó la muerte el día 10 de febrero de 2015.

A. se encontraba divorciado y era padre de dos hijas, S., entonces mayor de edad, y S., siendo en ese momento menor de edad”.

zón cree SILVA SÁNCHEZ, las dudas sobre la legítima defensa distan bastante de verse despejadas<sup>5</sup>.

De acuerdo con esta idea de profundizar en algunos de aquellos extremos que precisan de dicha atención, este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre un requisito de la legítima defensa, el segundo legalmente recogido en el artículo 20.4.º, que a día de hoy sigue sin ser pacífico en lo que respecta a si la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima debe ser (o no) interpretado conforme al principio de proporcionalidad.

## II. EL REQUISITO LEGAL DE LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO

El artículo 20.4.º, segundo, del CP recoge legalmente el requisito de la necesidad racional del medio empleado en la defensa frente a la agresión ilegítima, cuyo carácter *accidental* se acepta de forma unánime tanto por doctrina como por jurisprudencia. Tal consideración permite, en su caso, apreciar la eximente incompleta (art. 21.1º en relación con el art. 20.4º del CP) cuando se incumpla<sup>6</sup>.

Con dicho requisito, el legislador manifiesta su preocupación por el agresor y, dentro de ciertos márgenes, trata de tutelar sus derechos. Haciendo surgir el derecho de defensa del agredido, el Ordenamiento jurídico afirma su propia primacía y la de los bienes ilegítimamente agredidos, de acuerdo con el doble fundamento de la legítima defensa que, de forma casi unánime se patrocina por la doctrina española<sup>7</sup>, pero limitán-

---

La *Sentencia de 26 de diciembre de 2018, del Juzgado de lo Penal nº 9 de Málaga*, condenó al acusado a dos años de prisión como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La *Audiencia Provincial de Málaga* ha confirmado la anterior resolución mediante *Sentencia de 26 de abril de 2019* (JUR 2019\220730).

<sup>5</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "El mal absoluto", *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, B. de F., Argentina, 2015, p. 213.

<sup>6</sup> Exención incompleta que no es la única vía para tratar estos supuestos ni tiene por qué ser apreciada de forma aislada dado que, en su caso, puede combinarse con otro tipo de soluciones jurídicas. Vid. al respecto, extensamente, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007, pp. 75 y ss.

<sup>7</sup> De un lado, la defensa del bien jurídico atacado injustamente (principio de necesidad de defensa individual, de autoprotección o protección individual) y, de otro, la primacía del Derecho sobre lo ilícito (principio de reafirmación o primacía del Derecho). Así pues, cuando un sujeto reacciona ante una agresión ilegítima, no sólo está defendiendo unos bienes individuales (propios o ajenos) sino también al propio Ordenamiento jurídico (vid. con detalle, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Ibid.*, cit., pp. 5 y ss.). Para un análisis crítico de la

dola a aquella que racionalmente sea adecuada, persigue que solo quede justificada la que se sitúe dentro de los límites de lo razonable, con lo que no deja desamparado al agresor<sup>8</sup>.

Como indica IGLESIAS RÍO, este requisito tiene un carácter dinámico, graduable y relativo y pretende ofrecer una respuesta individualizada para la concreción del juicio normativo o valorativo de la necesidad abstracta de defensa<sup>9</sup>.

## 1. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

La racionalidad de los medios empleados para la defensa fue tradicionalmente interpretada por el Tribunal Supremo como una referencia a la *proporcionalidad* entre el ataque y la acción defensiva, llegando a tal extremo en su exigencia que algunos autores afirmaron a finales de los años 50 que el Tribunal Supremo se había convertido en un intérprete puramente aritmético de dicha proporcionalidad<sup>10</sup>. Se requirió, sobre todo, al comparar los medios utilizados por agresor y defensor<sup>11</sup>, demandando incluso, en ocasiones, una auténtica identidad de armas<sup>12</sup>. Otras veces, declinando reclamar la absoluta igualdad entre los medios empleados, situaba la proporcionalidad en la confrontación de bienes jurídicos<sup>13</sup>.

Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia rechazó la idea de proporcionalidad como criterio rector de la legítima defensa. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo* (en adelante, STS) de 16 de diciembre de 1993<sup>14</sup> consideraba que la proporcionalidad entre el bien que

teoría del doble fundamento, vid. PALERMO, O: *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 155 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 511.

<sup>9</sup> IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., p. 189.

<sup>10</sup> DEL ROSAL, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Derecho Penal español (Lecciones)*, Madrid, 1959, p. 178.

<sup>11</sup> STS de 1 de junio de 1912 (Repertorio de Jurisprudencia Criminal 274 –en adelante RJC–): “... la necesidad racional de los medios estriba en la proporción que debe existir entre los medios empleados para el ataque y los utilizados para la defensa ...”.

<sup>12</sup> STS de 20 de octubre de 1960 (RJC 775): “ es evidente la concurrencia de la proporcionalidad del medio sin más advertir la semejanza de los instrumentos empleados por el procesado y la víctima ”.

<sup>13</sup> STS de 30 de septiembre de 1935 (RJC 128): “ el requisito 2º de la eximente 4ª, no exige la igualdad de armas empleadas por agresor y defensor, lo cual colocaría a éste en manifiestas condiciones de inferioridad sino la proporción entre los bienes jurídicos amenazados ”.

<sup>14</sup> Repertorio jurisprudencial Thomson Reuters Aranzadi 1993\9476. En adelante RJ (para resoluciones del Tribunal Supremo) o ARP (para resoluciones de las Audiencias Provinciales).

se defiende y el daño que se produce para defenderlo no es un elemento estructural de la legítima defensa, como lo es en el estado de necesidad. Es reseñable por su claridad en esta línea la *STS de 17 de septiembre de 1999* (RJ 1999\6627) que, precisamente, descarta la tesis de la parte defensora por apoyarse “en una tergiversación del texto del art. 20.4 CP. En efecto, no es cierto que en dicho texto se requiera en forma expresa «la proporcionalidad de la defensa y el medio empleado». La palabra «proporcionalidad» no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la Ley expresamente requiere para la defensa es la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad”. De fechas posteriores, en parecido sentido, pueden citarse las *SSTS de 12 mayo de 2004* (RJ 2004\3770) y *de 14 de abril de 2005* (RJ 2005\4355). Abundando en la diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad es muy interesante la *STS de 29 febrero 2000* (RJ 2000\1154) que manifiesta que: “La Acusación particular incurre en el error de considerar que la «necesidad racional del medio» debe ser entendida a partir de la proporcionalidad entre la lesión que el medio puede causar y la lesión que se quiere evitar. Este punto de vista proviene de una falsa identificación de la legítima defensa con una subespecie del estado de necesidad, que es ajena al derecho vigente, en el que la distinción entre una y otra causa de justificación es clara. La defensa será justificada, por lo tanto, no sobre la base de la proporcionalidad, sino en función de su necesidad”.

No obstante, en el mismo período en el que negaba la identificación entre racionalidad y proporcionalidad, también dictó resoluciones que seguían aludiendo a esta última como algo consustancial a la legítima defensa. Así, por ejemplo, la *STS de 12 de mayo de 2004* (RJ 2004\3770) señala que la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión “constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos”<sup>15</sup>. Párrafo literal este último empleado en resoluciones anteriores, como la *STS de 3 de junio de*

---

<sup>15</sup> Vid. también *SSTS de 10 de noviembre de 1994* (RJ 1994\8899); *de 5 de abril de 1995* (RJ 1995\2821); *de 4 de diciembre de 1997* (RJ 1997\8736); *de 24 de febrero de 2000* (RJ 2000\1797) y *de 18 de diciembre de 2003* (RJ 2004\611).

2003<sup>16</sup> que, tras reconocer que el CP en absoluto equipara racionalidad del medio con proporcionalidad del medio, afirma que “para juzgar la necesidad la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho”. Quiere decirse que nuestro más Alto Tribunal, ha venido sosteniendo paralelamente ambas tesis, una que equipara proporcionalidad y racionalidad y otra que la rechaza.

Más recientemente, el Tribunal Supremo sigue mostrando esa ambivalencia en las escasas resoluciones dictadas en esta materia en los últimos años<sup>17</sup>, pues mientras en unas se apoya en el juicio de proporcionalidad para vertebrar el requisito de la necesidad racional del medio, en otras, no recurre a dicha idea sino que sigue parámetros más acordes con la postura que interpreta que el requisito segundo del art. 20.4 debe sustentarse en el principio de menor lesividad. En este último sentido, puede citarse la *Sentencia de 12 de noviembre de 2012* (RJ 2013\931), cuando sostiene que “En estas circunstancias no cabe reprochar al recurrente que no se hubiera detenido a analizar serenamente la situación y encontrar un medio de defensa contra la agresión que, a la vez de eficaz para repeler el ataque, fuera también el menos lesivo de los que tuviera a su disposición, los cuales se desconocen”. Y también la *STS de 23 de septiembre de 2011* (RJ 2011\6716), que destacando que es en la adecuación del medio empleado para defenderse donde puede ubicarse la línea que separa la exigente completa de la incompleta de legítima defensa, declara que “para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa

---

<sup>16</sup> RJ 2003\4287.

<sup>17</sup> Consultada la base de datos Aranzadi Instituciones, en la voz “Necesidad racional del medio empleado”, únicamente se recoge una Sentencia del Tribunal Supremo de 2019, la de 8 de enero de ese año (RJ 2019\39), que carece de interés a los efectos de ilustrar la doctrina del citado órgano judicial en la materia tratada, puesto que la misma se limita a estimar la aplicación de la legítima defensa como exigente completa (en lugar de en su forma incompleta, como hizo la sentencia de instancia), por entender que en el caso revisado, no podía hablarse de desproporción en la reacción, partiendo de la base de que la necesidad racional del medio “ha de ser medida, no como en un laboratorio, sino *in casu*, situándonos en la posición del agredido y contando con todas circunstancias (alternativas, situación, posibilidades)”.

Tras la citada resolución de 2019, la siguiente que figura del TS es ya de 2014, concretamente se trata de la *STS de 6 de octubre* (RJ 2014\4991) a la que se aludirá con posterioridad. Por tanto puede afirmarse que las últimas resoluciones del Tribunal Supremo relevantes en este asunto son del año 2014 (salvo error u omisión por nuestra parte al realizar la búsqueda de jurisprudencia).

no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho”.

La otra postura de recurrir al juicio de proporcionalidad para vertebrar el requisito de la necesidad racional del medio, se advierte claramente en varias resoluciones. De la *STS de 4 de marzo de 2011* (RJ 2011\2634) puede afirmarse exactamente lo mismo que de la anteriormente citada *STS de 3 de junio de 2003* puesto que aunque no se incluya entre las que cita como precedente, reproduce sus mismos argumentos. Cabe destacar la *STS de 6 de octubre de 2014* (RJ 2014\4991), que en relación al caso sobre el que se pronuncia, entiende que “la existencia de otras alternativas de respuesta proporcional al alcance de quien se defiende era in cuestionable”, razón por la que la “apreciación de la eximente completa de legítima defensa... no es correcta en términos jurídicos”. Más concretamente, estima que “ni siquiera la inserción del temor o miedo dentro de la estructura de la legítima defensa... permite en este caso concreto equiparar proporcionalmente la magnitud de la agresión sufrida con la reacción consistente en disparar hacia donde era posible que se hallase quien estaba acechando”. Por tanto, “la Sala entiende que falta el requisito de la proporcionalidad del medio de defensa empleado, debiendo prevalecer el deber jurídico de no poner en peligro la vida de los demás ante situaciones de peligro incierto e indeterminado, como fue al que se enfrentó el acusado”, dado que dicho acusado (absuelto por el Jurado<sup>18</sup>) disponía de “alternativas reales de las que no puede prescindirse en el momento de ponderar el juicio de proporcionalidad”<sup>19</sup>. Igualmente, se observa esa tendencia de recurrir a la proporcionalidad para interpretar el requisito de la necesidad racional del medio en la *STS de 6 de marzo de 2013* (RJ 2013\5013), cuando al justificar la correcta inaplicación del art. 20.4 CP a un agente que había lesionado a un ciudadano que se le “encaró”, por no afirmarse la necesidad de defensa (aunque existiera agresión ilegítima, la situación estaba controlada por la presencia de 5 agentes en total), manifiesta que se impone la fundamental distinción entre “falta

<sup>18</sup> Mediante *Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de junio de 2013* (ARP 2013\1141).

<sup>19</sup> Finalmente, el desacuerdo del TS con el tratamiento que el Jurado había dispensado a la legítima defensa (y a otras cuestiones) no pudo ser “corregido en casación” por razones de orden procesal (Fundamento de Derecho 3, letra C), tal y como ya antes estimó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución (vid. *STSJA de 10 de diciembre de 2013* –ARP 2014\298–).

de necesidad de la defensa” y “falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión”. “Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio”, pero “si lo que falta es la proporcionalidad de los medios”, el posible exceso sería intensivo o propio. Obsérvese cómo recurre a la “falta de proporcionalidad de los medios” para referirse al 2º requisito del artículo 20.4 CP, argumentación esta recurrente en bastantes resoluciones.

Asimismo, encontramos algunas sentencias que resultan confusas e incluso contradictorias, puesto que incorporan la dualidad de posturas en una misma resolución, ya que aunque parecen postularse a favor de identificar racionalidad del medio con proporcionalidad, sorprendentemente, también invocan resoluciones propias anteriores en las que el criterio era el de rechazar dicha identificación. Muestra evidente es la *STS de 10 de junio de 2014* (RJ 2014/3933), que primero recurre a la proporcionalidad para interpretar la necesidad racional del medio empleado<sup>20</sup>, después menciona su doctrina en la que la rechaza<sup>21</sup>, para concluir aceptándola de pleno, mediante afirmaciones tales como la siguiente: “la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro

<sup>20</sup> “la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que –esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado–, de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno”.

<sup>21</sup> “decíamos en la *STS. 470/2005 de 14.4* (RJ 2005, 4355), siguiendo la doctrina de la *STS. 17.11.99* (RJ 1999, 8714), que el art. 20.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra “proporcionalidad” no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la “necesidad racional del medio empleado” para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las *SSTS. 29.2* (RJ 2000, 1154) y *16.11.2000* (RJ 2000, 10657) y *6.4.2001* (RJ 2001, 3348), no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada”.

de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación”. De acuerdo con esta última tesis, afirma que “en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto calculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión”. Termina sosteniendo que: “si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana”.

En definitiva, tras el anterior recorrido se evidencian tanto las *oscilaciones* como la *ambivalencia* mostrada por el Tribunal Supremo en esta materia. Si bien tradicionalmente patrocinó la idea de proporcionalidad como criterio rector de la legítima defensa, después la rehusó contundentemente al negar su identificación con la racionalidad de la defensa. No obstante, coetáneamente a la fase de rechazo, dictó resoluciones en las que seguía aferrándose a la proporcionalidad como algo consustancial a esta causa de justificación, resistiéndose así a abandonar su arraigada tesis sustentada en el juicio de proporcionalidad para vertebrar el requisito de la necesidad racional del medio. Puede concluirse, pues, que el concepto de proporcionalidad sigue impregnando con carácter general la eximente de legítima defensa en la jurisprudencia del Supremo, siendo interpretada ocasionalmente, incluso, de la forma más tradicional y rancia.

## 2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Por lo que se refiere a la *doctrina científica*, tiempo atrás hubo autores que también recurrieron al principio de proporcionalidad para re-

solver el requisito de la racionalidad del medio<sup>22</sup>. Desde hace años, sin embargo, se acepta de forma prácticamente unánime<sup>23</sup> que en la legítima

<sup>22</sup> Es el caso, por ejemplo, de CÓRDOBA RODA, DÍAZ PALOS y SÁINZ CANTERO. El primero considera que debe existir proporcionalidad de la defensa concretamente interpuesta respecto de la agresión respectiva (CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, p. 106). DÍAZ PALOS, en su monografía sobre legítima defensa, titula el apartado dedicado al segundo requisito de la eximente, precisamente, proporcionalidad. Entiende este autor que la exigencia de proporcionalidad no suele faltar en ningún Código, ya sea consignado de forma expresa, como lo hace el Código español al hablar de la necesidad racional del medio empleado para la defensa, ya sea implícitamente, como ocurren en otros Códigos extranjeros (DÍAZ PALOS, F.: *La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)*, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 68 y 69). Por último, SÁINZ CANTERO, a propósito del análisis que efectúa sobre cómo ha de ser la defensa, indica que esta debe ser proporcionada a la agresión, lo que exige la comprobación, de un lado, entre los medios utilizados respectivamente para agresión y defensa (“supone, por tanto, que el *medio* que se utiliza para la defensa sea *racionalmente* proporcionado al medio que utiliza el agresor” –con cursiva en el original–), de otro, entre la intensidad y naturaleza de una y otra y, por último, entre los bienes jurídicos en conflicto. En relación a estos últimos, considera que “el principio de ponderación de bienes ha de cumplir también en este punto función esencial”, de manera que no se sacrifique un bien jurídico de mayor valor para defender otro de valor inferior (SÁINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 600 y 601).

<sup>23</sup> Entre otros muchos, vid. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998 (7ª reimpresión, 2005), pp. 235 y 236; CORCOY BIDASOLO, M.: “«Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1991, fascículo 3, p. 927; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984 (reimpresión 1992), p. 350; LUZÓN PEÑA, D.M.: “Legítima defensa y estado de necesidad defensivo”, *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V-Vol. 1º (Libro I del Código Penal), Edersa, Madrid, 1985, pp. 258 y 259; del mismo autor, idéntico trabajo, pero actualizado conforme al Código penal vigente: en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002, pp. 557 y 558; MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 519 y 520; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 220 y 221; QUINTERO OLIVARES, G. (con la colaboración de MORALES PRATS, F.): *Parte General del Derecho Penal, Adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 197; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA; Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO; y Javier DE VICENTE REMESAL), Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión 2006), p. 632; del mismo autor, “Las «restricciones ético-sociales» al derecho de legítima defensa” (traducción por José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ), *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, p. 299.

Hay autores que consideran que la idea de proporcionalidad, como fundamento y criterio rector a partir del cual deben establecerse los límites de la función defensiva,

defensa no rige dicho principio por varias razones. En primer lugar, porque la regulación legal no exige ninguna ponderación entre el mal que se causa con la defensa y el que se pretende evitar impidiendo o repeliendo la agresión o, desde otra óptica, entre el bien amenazado por la agresión y aquel que resulta menoscabado con la acción de defensa. En segundo extremo, porque tampoco se requiere que el medio empleado por el defensor sea proporcional al utilizado por el agresor. Y en tercer orden, porque se difuminarían los límites entre legítima defensa y estado de necesidad (eximente en la que sí rige el principio de proporcionalidad), de forma que una de las dos resultaría superflua<sup>24</sup>. Además, se estrecharían sin base legal alguna los límites de la legítima defensa, que quedaría con un ámbito más reducido que el estado de necesidad, debido a que, aun limitados los dos por el principio de proporcionalidad, aquella exige como requisito ineludible la agresión ilegítima en tanto que este no. En definitiva, la eximente cuarta del artículo 20 no está regida por el principio de proporcionalidad, de forma que, cumpliendo con sus requisitos, el daño producido por la defensa puede superar al derivado de la agresión, siempre dentro de unos límites que serán señalados con posterioridad.

### 3. DETERMINACIÓN DE LA RACIONALIDAD DE LA DEFENSA

#### 3.1. *El principio de menor lesividad*

Aceptando la premisa de que la racionalidad del medio no puede ser entendida como proporcionalidad entre los medios empleados por agresor y defensor, ni tampoco como proporcionalidad entre los bienes ju-

---

puede admitirse en sentido amplio, pero “en sentido estricto puede afirmarse que la legítima defensa no contiene exigencia alguna de proporcionalidad concreta” (COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 511), dado que no implica ninguna suerte de ponderación entre el mal causado y el impedido ni tampoco comparación de medios en clave aritmética (COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M.: *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004, p. 151). Otros penalistas admiten la exigencia de proporcionalidad (“Hay quienes hablan aquí de una exigencia de «proporcionalidad», lo que puede admitirse”), si bien matizando el alcance de la expresión, en el sentido de no entenderla como comparación de armas, sino utilizándola para valorar hasta qué punto, dada la situación en que se encontraba el defensor, existía alguna posibilidad de evitar la agresión de un modo menos lesivo (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I et al.: *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 3ª ed., Ediciones Experiencia S.L, Barcelona, 2016, p. 247).

<sup>24</sup> En tal línea, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 221.

rídicos afectados de uno y otro, los criterios según los cuales habrá de determinarse dicha racionalidad deben buscarse en el *principio de menor lesividad*<sup>25</sup>, de manera que quien se defiende, tendrá que escoger de entre todos los medios eficaces de defensa que se encuentren a su disposición, aquel que resulte menos dañino y peligroso<sup>26</sup>, o en palabras de JAKOBS, el que comporte la *pérdida mínima para el agresor*<sup>27</sup>. No obstante, lo que tan fácilmente se enuncia en teoría, se transforma en algo sumamente complejo en el momento de su apreciación en el supuesto concreto. Como con acierto sostiene STRATENWERTH, por muy claro que pueda parecer en el terreno de los principios, en el caso individual puede resultar muy difícil averiguar cuál habría sido el medio de defensa más leve que el elegido, de manera que, con frecuencia, la duda acerca de si no habría bastado un medio más leve que el finalmente escogido, solo se habría podido disipar si el agredido hubiera hecho la comprobación fáctica correspondiente, corriendo entonces el riesgo de perder la ocasión para ejercer una defensa efectiva. Por tal razón entiende el autor germano, que al agredido tiene que estarle permitido hacer uso directo de medios previsiblemente efectivos en lugar de otros inseguros, cuando de lo contrario, posiblemente sería demasiado tarde como para repeler el ataque<sup>28</sup>. Y es que, como advierte ROXIN, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo, de forma que, por principio, no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos si es dudosa su eficacia para la defensa (por ejemplo, no es preciso que se arriesgue a utilizar los puños si no está seguro de poder terminar sin heridas o a efectuar un disparo de advertencia cuando, si no tiene éxito, es posible que tenga lugar la agresión)<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> En semejante sentido, entre otros, IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos ...*, cit., p. 191; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito...*, cit., p. 350; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE), 5ª edición corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, p. 368. Para un análisis exhaustivo de este principio, vid. IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., pp. 191 y 201 y ss.

<sup>26</sup> En este sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria. Entre otros, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal*, cit., p. 512; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito...*, cit., p. 353; LUZÓN PEÑA, D.M.: "Legítima defensa y estado...", cit., p. 256 (1985) y p. 555 (2002).

<sup>27</sup> JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 472.

<sup>28</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, cit., p. 200.

<sup>29</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, cit., p. 629.

### 3.2. *El medio empleado para la defensa*

Las referencias al medio empleado para la defensa deben interpretarse conforme a un *concepto de medio en sentido amplio*, es decir, como procedimiento o modo de defensa en su conjunto, que englobaría tanto la clase de medio o instrumento concretamente usado (naturaleza o medio en sentido estricto) como la utilización particular que se realice del mismo (intensidad)<sup>30</sup>.

Al respecto conviene hacer algunas precisiones importantes. La primera es que, aun partiendo de la base de que el sujeto debe escoger para su defensa el procedimiento menos lesivo de todos, dicha elección solo podrá ser realizada entre los que tenga *disponibles* en el momento de la agresión, siendo alta la probabilidad de que las posibilidades que se le presenten sean bastante limitadas. La segunda, que tal procedimiento defensivo habrá de ser el menos lesivo, pero siempre y cuando resulte *idóneo* para repeler o impedir el ataque. Así pues, la *idoneidad*<sup>31</sup> debe ser concebida como la aptitud del medio (en sentido amplio) para que la defensa sea eficaz, esto es, que en una consideración *ex ante* al menos supone una posibilidad elevada de defensa exitosa contra la agresión, aspecto este último para el que, sin duda, será decisiva la propia capacidad del defensor en orden a su manejo<sup>32</sup>. Ahora bien, aunque la idoneidad del medio haya de ser tomada en consideración a la hora de afirmar el requisito segundo del art. 20.4.º, ha de actuarse con cautela en el momento de valorarla, porque una exagerada interpretación sobre la misma podría llevarnos al absurdo de rechazarla (y con ello la racionalidad del medio) en hipótesis de defensa en las que el agredido se encuentra en una clara posición de desventaja y en la que, por tanto, la acción concreta de defensa se muestra desde el inicio como no apta para cumplir la finalidad de impedir o repeler el ataque<sup>33</sup>. Por otra parte, ha de tenerse presente que

---

<sup>30</sup> En dicho sentido es interesante la STS de 9 de febrero de 1990 (RJ 1990\1370), la que afirma que el “medio” debe ser interpretado tanto en el sentido de especie, como en el de medida en que el mismo se usa.

<sup>31</sup> Para un detallado análisis sobre esta característica, vid. BALDÓ LAVILLA, F.: *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 2ª ed., Bdf, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 451 y ss.; IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., pp. 191 y ss.

<sup>32</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, cit., p. 200.

<sup>33</sup> Nos dice STRATENWERTH que “es controvertida la cuestión de si solo cabe justificar como defensa aquellas acciones que son idóneas a tal efecto, es decir, que en una consideración *ex ante*, al menos, abren la «posibilidad elevada de una defensa exitosa contra la agresión»”, porque “tal interpretación comportaría la consecuencia, totalmente intolerable, de que la víctima demasiado débil para emprender la defensa tendría que

el defensor, en el contexto en el que está siendo objeto de una agresión, aparte de tener limitadas posibilidades de elección para defenderse, puede que asimismo tenga serias dificultades para averiguar la idoneidad de los medios a su alcance, a lo que hay que unir la situación angustiosa de ánimo que normalmente acompaña a este tipo de situaciones, lo que no ayuda, precisamente, a tener la serenidad suficiente para escoger con frialdad el procedimiento defensivo. Esta cuestión nos introduce en el que quizás sea el aspecto más problemático del requisito de la necesidad racional del medio, cual es la forma en la que debe medirse dicha racionalidad: si con arreglo a módulos netamente objetivos o introduciendo también cuantos aspectos subjetivos confluyan en la persona del defensor.

Pero antes de pasar a dicho tema, abundando en el de la elección del medio idóneo menos lesivo, debe hacerse una breve referencia a la eventualidad de que entre las posibilidades de actuación del sujeto se encuentre la de *huir, evitar el ataque o recurrir a la autoridad*.

La *jurisprudencia* suele adoptar dos soluciones: bien afirmar, sin mayor explicación, la no exigibilidad de la fuga<sup>34</sup> aunque sea posible; bien ofrecer como argumento el ya tradicional de que será exigible o, cuanto menos, recomendable, cuando sea decorosa<sup>35</sup> o no vergonzante<sup>36</sup> para el agredido. Sea como fuere, el Tribunal Supremo parte de la base de que la posibilidad de marcharse o de escapar, por sí misma, no permite excluir el carácter necesario de la defensa<sup>37</sup>.

En lo que se refiere a la *doctrina científica*, unos autores postulan que cabe recurrir a medios más nocivos para el agresor, incluso aun cuando sea posible la *huida o fuga*, invocando el fundamento supraindividual de la legítima defensa sobre la base de que el Derecho no tiene por qué ceder ante el ataque injusto<sup>38</sup>. Otros, con una argumentación basada en el tenor literal de la regulación, sostienen que lo que la ley permite es una defensa

soportar la agresión sin luchar: itambién aquel que, atacado por un gran número de personas, al menos quiere alcanzar a alguno de sus agresores, antes de sucumbir, tiene que tener derecho a hacerlo!" (*ibid*, cit., p. 199).

<sup>34</sup> Vid. SSTS de 1 de abril de 1990 (RJ 1990\3027) y 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7183).

<sup>35</sup> STS 30 de octubre de 1992 (RJ 1992\8619). La STS de 30 de octubre de 1985 (RJ 1985\5073) afirma que no puede "exigirse jurídicamente... una solución de huida, medio no siempre seguro y poco decoroso la ley no puede imponer al que es víctima de una agresión se sustraiga a ella apelando a la fuga".

<sup>36</sup> STS de 2 de octubre de 2002 (RJ 2002\8686).

<sup>37</sup> STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\3393).

<sup>38</sup> De esta opinión, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 512; ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, cit., p. 633.

necesaria para repeler la agresión, y desde luego, escapar corriendo no es repeler la agresión<sup>39</sup>. Por su parte encontramos quienes manifestando una opinión muy particular, entienden que la razón por la que no es exigible la huida es que con ella se estaría aceptando una segunda agresión contra la libertad de actuación y movimientos del atacado<sup>40</sup>. Otra opción es afirmar, sin más, que no se puede imponer al sujeto dicha vía, negándole la posibilidad de defenderse<sup>41</sup>. También se patrocina que la huida puede ser exigible tan solo para evitar una defensa que resultaría extremadamente desproporcionada<sup>42</sup>. Y no faltan quienes consideran que si el sujeto agredido podía haber recurrido a medios menos lesivos (como la fuga o la intervención de la autoridad), dejará de concurrir el requisito de la necesidad racional<sup>43</sup>. Pero en lo que sí que hay acuerdo es en entender que la fuga es la vía recomendable cuando la agresión proviene de algún sujeto inculpable o con culpabilidad disminuida, de manera que si pudiendo escogerse no se utiliza, no se cumpliría con la racionalidad de la defensa<sup>44</sup>.

Por lo que se refiere a la *evitación de la agresión* (en el entendimiento de que se trata de un supuesto distinto a la huida –ej. esquivar un puñetazo o saltar de un lado a otro–), así como al *recurso a la autoridad*, también hay opiniones a favor y en contra de su exigencia cuando de esa forma puede evitarse el peligro que acecha con la agresión. A favor de estimar que el agredido debe optar por *esquivar el ataque* cuando dispone de dicha opción se ha alegado, por ejemplo, que con ello no se produce ninguna agresión nueva a su libertad<sup>45</sup>. En contra se ha argumentado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera los efectos parciales de la agresión, a no ser que de no proceder a la evitación se realice una defensa desproporcionada o una vulneración del principio de solidaridad mínima<sup>46</sup>, así como también que eludir la agresión no es en realidad

<sup>39</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, cit., p. 633.

<sup>40</sup> LUZÓN PEÑA, D. M.: "Legítima defensa y estado...", cit., p. 257 (1985) y pp. 556 y 557 (2002).

<sup>41</sup> OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 221.

<sup>42</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición actualizada y revisada (con la colaboración de V. Gómez Martín y V. Valiente), Reppertor, Barcelona, 2015 (2ª reimpresión, agosto 2016), p. 455.

<sup>43</sup> CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas...*, cit., pp. 106 y 107.

<sup>44</sup> Con esta interpretación estricta del requisito de la necesidad racional del medio, se da entrada a la restricción ético-social propuesta para estos supuestos.

<sup>45</sup> LUZÓN PEÑA, D. M.: "Legítima defensa y estado...", cit., pp. 258 y 259 (1985) y p. 557 (2002).

<sup>46</sup> JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 477.

defensa, lo que se hallaría en contradicción con la ley que permite defenderse<sup>47</sup>. Por lo que se refiere al *recurso a la ayuda de la autoridad*, se ha invocado para estimar que es lo procedente, que la acción de defensa particular que se realiza en presencia de la policía constituye un injusto por la difuminación de competencias que supone<sup>48</sup>. Para sostener que el sujeto puede actuar particularmente, incluso cuando quepa el auxilio de las fuerzas estatales, se ha recurrido al razonamiento antes indicado de que tal actuación no puede ser calificada de defensa y la infracción de la ley que ello supondría<sup>49</sup>.

Somos de la opinión de que todas estas tesis doctrinales enriquecen enormemente la discusión científica, pero también, que con miras a la práctica no es fácil dictar reglas generales que puedan ser aplicables a todos los supuestos planteados<sup>50</sup>. Habrá casos en que *huir o esquivar la agresión* será la vía escogida por el agredido, no como elección razonada del medio idóneo menos lesivo, sino como reacción humana comprensible tendente a evitar el daño con el menor costo personal, sobre todo cuando se trate de ataques dirigidos contra bienes jurídicos como la vida o la integridad física. En cualquier caso, consideramos que salvo respecto de agresiones procedentes de personas inculpables o con culpabilidad disminuida (sobre todo por inimputabilidad) y aquellas hipótesis en las que, de no adoptar una u otra, solo se tendría a disposición un medio extraordinariamente lesivo para hacer frente a la agresión, no puede exigirse al sujeto que no se defienda y que opte por la *huida* o la *evitación*, y ello por dos razones de entre las que han sido alegadas: la primera, porque se estaría ignorando el fundamento supraindividual de la legítima defensa, y la segunda, porque, en efecto, ninguna de ellas es un acto de defensa, luego mal puede afirmarse que su puesta en práctica es uno de los medios que el sujeto tiene disponibles para llevarla a cabo. Por lo que se refiere al *recurso a la autoridad*, sin embargo, la cosa cambia. Consideramos que si, efectivamente, el sujeto amenazado tiene a su alcance la posibilidad de ser protegido frente a la agresión por la autoridad competente y tal intervención va a resultar menos lesiva, su derecho de defensa cede a favor de la actuación policial. Pero solo y en el exclusivo caso de que se cumpla esa doble condición: que el auxilio de la autoridad sea efectivo para impedir o repeler la agresión (pues, pudiera ser, que los segundos

<sup>47</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, cit., p. 199.

<sup>48</sup> JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 481.

<sup>49</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal...*, cit., p. 199.

<sup>50</sup> En este sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 512; SÁINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones...*, cit., p. 600.

que median entre reclamar la ayuda y su puesta en práctica fueran vitales para impedir la consumación del daño) y que tal forma de rechazo de la agresión sea ciertamente un procedimiento menos lesivo que la autodefensa particular del sujeto.

### 3.3. *Criterios para valorar la racionalidad de la defensa*

Corresponde abordar el tema que consideramos crucial en la determinación del requisito segundo del art. 20.4º CP, cual es el de los *criterios que han de seguirse al valorar la racionalidad del medio empleado* para impedir o repeler la agresión. Se trata de establecer los parámetros conforme a los cuales debe afirmarse o no que el procedimiento seleccionado para la defensa es el menos lesivo de entre los idóneos disponibles. El debate gira en torno a la clase de circunstancias que deben tomarse en consideración para la realización del juicio de racionalidad: si debe basarse solo en datos de tipo objetivo o si ha de atenderse también a extremos de carácter subjetivo.

Aunque algunos autores proponen medir la racionalidad teniendo en cuenta tanto a las circunstancias objetivas como a las propiamente subjetivas del agente (estado de ánimo...) <sup>51</sup>, lo cierto es que la doctrina mayoritaria, a la que nos sumamos, se muestra partidaria de entender que la racionalidad ha de valorarse *ex ante* y conforme a un *criterio objetivo* <sup>52</sup>. Deben apreciarse, pues, la totalidad de los datos objetivos concurrentes cuando se produce el ataque, tanto atinentes a la agresión en sí misma (tipo de ataque, instrumento utilizado...) como a las circunstancias que la rodean (lugar, hora, situación, presencia o no de terceras personas...) y, por supuesto, todos aquellos de carácter personal, tanto de agresor como de defensor, como son edad, sexo, complexión física de ambos (estatura, peso, preparación física, existencia de alguna minusvalía...), profesión

<sup>51</sup> En este sentido, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, II, cit., p. 234.

<sup>52</sup> BALDÓ LAVILLA, F.: *Estado de necesidad...*, cit., pp. 452 y ss. DÍAZ PALOS, F.: *La legítima defensa...*, cit., p. 69; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 58; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 368; LUZÓN PEÑA, D. M.: "Legítima defensa y estado...", cit., pp. 25 y 260 (1985) y p. 559 (2002); OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 222; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 68; VALLE MUÑIZ, J. M.: "Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 579; ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, cit., p. 631.

(por la repercusión que pudiera tener en la cualificación del defensor para utilizar un determinado instrumento o arma), etc. Los mencionados datos personales son objetivos y no deben ser confundidos con los de carácter subjetivo pertenecientes a la esfera interna del agredido, tales como pueden ser su estado anímico extraordinariamente alterado en ese momento, su forma personal de desenvolverse ante las adversidades (fortaleza psíquica o, por el contrario, con tendencia a la pusilanimidad) o su afectación especial por padecimiento de anteriores agresiones. Sin duda, estos últimos, deberán ser tenidos en cuenta en la valoración de una hipotética exención o atenuación de la responsabilidad penal del sujeto, pero no en el momento de establecer la necesidad racional del medio empleado (dentro del juicio de antijuricidad), sino en el seno del juicio de culpabilidad. En concreto, en sede de imputabilidad, si se tratara del padecimiento de alguna patología psíquica con incidencia en el desarrollo de su defensa o, más propiamente, en la revisión de la exigibilidad de conducta adecuada a la norma. Porque, como acertadamente indica LUZÓN PEÑA, si la racionalidad se juzgara desde la perspectiva subjetiva del agente, dicho juicio no sería racional sino irracional, aunque las circunstancias internas pudieran disminuir o, incluso, excluir su culpabilidad<sup>53</sup>. Lo anterior no significa, como con razón advierte GÓMEZ BENÍTEZ<sup>54</sup>, que se exija al sujeto una tranquila y ponderada selección de los medios que se van a utilizar, lo que resultaría frontalmente incompatible con la propia situación de agresión-defensa, que, consustancialmente, será de urgencia y precipitación. Puede afirmarse que, con carácter general, el contexto en que una persona reacciona defensivamente frente a una agresión ilegítima suele comportar la existencia de un estado emocional alterado, en el que es obvio que no se puede exigir al agredido una actuación idéntica a la que podría tener de encontrarse en situación de normalidad. Ello implica que, habitualmente, salvo que se trate de individuos de carácter extraordinariamente frío, las acciones de defensa se van a caracterizar por el nerviosismo, la falta de meditación, la rapidez en la toma de decisiones, factores estos que vendrán potenciados en mayor o menor medida por todas y cada una de las circunstancias que estén presentes en el supuesto de hecho concreto (agresor individual o múltiple; defensor solo o en compañía; utilización o no por parte del agresor/es de armas; circunstancias espacio-temporales –noche o día–; con gente alrededor o en solitario–; características físicas de agresor y agredido, etc.).

<sup>53</sup> LUZÓN PEÑA, D.M.: “Legítima defensa y estado...”, cit., pp. 259 y 260 (1985) y p. 559 (2002).

<sup>54</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito...*, cit., p. 355.

Hay que partir, por tanto, de que estos supuestos comportan de forma intrínseca una alteración emocional que podría calificarse de “relativamente normal”, de manera que cuando se afirma que las características subjetivas del sujeto deben quedar al margen de la valoración de la racionalidad y ser tomadas en consideración en el juicio de culpabilidad, se hace referencia a todas aquellas alteraciones emocionales que exceden ese ámbito de “relativa normalidad” consustancial a este tipo de casos<sup>55</sup>.

El *Tribunal Supremo* parece seguir en sus resoluciones esta postura. En este sentido, la *STS de 22 de julio de 2005* (RJ 2005\7481) afirma que “En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues –cual ha resaltado la jurisprudencia– dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión”. Adviértase, que aun cuando recurre a la comprobación de “aspectos subjetivos”, se refiere expresamente a esa perturbación anímica suscitada por la agresión, que impide exigir al sujeto una actuación reflexiva, serena y tranquila a la hora de escoger el procedimiento defensivo, o lo que es lo mismo, a la que es consustancial a toda situación de similares características y que nosotros entendemos de “normalidad en la legítima defensa”. Es importante destacarlo porque se trata de una forma correcta (siempre desde nuestra perspectiva) de interpretar la incidencia que puede tener la vertiente subjetiva en la valoración de la racionalidad del medio, no yendo más allá de lo que debe ser tomado en consideración en sede de justificación. Dicho de otra forma, para el Tribunal Supremo,

---

<sup>55</sup> Aunque IGLESIAS RÍO propone enjuiciar con flexibilidad la racionalidad, teniendo en cuenta tanto un punto de vista objetivo como uno subjetivo, de sus palabras deducimos que, en realidad, esta última vertiente la interpreta en un sentido muy parecido al que proponemos y que supone partir de la premisa que hemos denominado “normalidad” en supuestos de legítima defensa, comprensiva de una consustancial alteración (Cfr. IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., p. 434).

entre los datos de carácter subjetivo, solo debe ser atendida en el momento de establecer la racionalidad o no del medio, la normal perturbación anímica que producen esta clase de supuestos, dejando para el posterior análisis de la culpabilidad toda alteración emocional extraordinaria que exceda de la anterior<sup>56</sup>.

En la misma línea, se pueden indicar otras resoluciones que, pese a su lejanía temporal, resultan especialmente interesantes. Así por ejemplo, la STS de 4 de junio de 1986 (RJ 1986\3102) sostenía que: “necesidad racional, equivale a proporcionalidad entre los medios de ataque y los de defensa, es decir, equilibrio o nivelación entre los mismos, debiéndose proceder a un cotejo, comparación o confrontación entre ellos que nunca debe estar presidido por un frío academicismo ni por una ecuación de matemática exactitud, sino que se le debe ponderar atendiendo a todas las circunstancias del caso, debiéndose destacar, sobre todo, los siguientes aspectos: 1.º) no es desdeñable la perturbación psicológica que

<sup>56</sup> En el mismo sentido, entre otras, STS de 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8899): “y, por tanto, tomando en consideración la normal perturbación de la mente del agredido, conforme a criterios de experiencia, sin llevar a cabo una especie de medición pormenorizada, milimétrica y en detalle, en las correspondientes armas o instrumentos, porque ello supondría tanto como desconocer una realidad subjetiva de la víctima, inserta en una innegable realidad social que no puede ni debe olvidarse”); STS de 28 de enero de 2002 (RJ 2002\2502): “En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues –cual ha resalta-do la jurisprudencia– dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión”; y STS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2004\611): “Se ha abierto paso la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido, razonables en el momento de la agresión, posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia que «no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa», no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios”.

el ataque injusto o la agresión o acometimiento ilegítimos, producen de ordinario en el agredido, cuyo instinto de conservación alertado y contundido, le priva, en ocasiones, de la serenidad y claro entendimiento precisos para atinar en la escogitación de los medios de defensa, evitando cuidadosamente excederse, rebasar o sobrepasar la peligrosidad, latente o efectiva, de los medios agresivos que es preciso impedir o repeler; 2.º) es conveniente, que, los Tribunales, lejos de examinar y decidir este punto con la frialdad propia de un análisis científico de la cuestión, se traslade «in mente» a la situación acuciante y apremiante en la que se encontró el agredido, compenetrándose con la zozobra y la premura con que había de tomar su determinación defensiva, decidiendo, en consecuencia, si le era o no exigible otra conducta distinta a la observada por el mismo”. El argumento de que los tribunales han de situarse mentalmente en el contexto en que se desarrolla el ataque resulta impecable, pues solo tal forma de proceder les permitirá evaluar en su justa medida cómo es posible reaccionar, teniendo en cuenta el “anormal” pero en esos casos “normal” estado anímico que invade al defensor. Pero es necesario advertir que la nota de exigibilidad en un juicio eminentemente objetivo como es el de la antijuricidad, no debe medirse con los mismos parámetros con los que se evaluaría en el juicio de culpabilidad, de carácter plenamente subjetivo.

En ocasiones, sin embargo, nuestro Alto Tribunal, pese a que realiza una valoración correcta de la necesidad racional del medio, introduce ciertas referencias a alteraciones emocionales extraordinarias que inducen a confusión, porque aunque del argumento global se advierte que la racionalidad no ha dependido de su existencia, sí que pueden llevar al lector a pensar puntualmente que, en efecto, pueden ser estimadas para fundamentar la justificación del comportamiento. Esta forma de proceder se advierte con meridiana claridad en resoluciones como la *STS de 9 de julio de 1997* (RJ 1997\5749), pronunciamiento que consideraba que “para la determinación de si el medio empleado en la defensa fue adecuado y proporcional a la agresión, el juzgador... ha de colocarse imaginativamente en el ambiente de los hechos y deducir aplicando la recta razón, tras tomar en cuenta los acontecimientos, si en aquellas condiciones podría exigirse al inculpado que se valiera de otro recurso para su defensa. Ni la ley, ni los principios de justicia fijan otro límite a la defensa que aquel que la razón y la prudencia aconsejan en relación con la inminencia y gravedad del peligro que se trate de evitar”. Para continuar afirmando después que “la racionalidad del medio que pretende evitar en su exigencia excesos repudiables, viene determinada, no en la semejanza de las armas, sino en la situación personal en que se encontraban los

contendientes... Ello exige una ponderación de circunstancias, no siendo desdeñable la perturbación psicológica del atacado”. Hasta este punto, el razonamiento es inobjetable. Ahora bien, a continuación sigue diciendo lo siguiente: “Aquí está proclamado en el «factum» que la mujer estaba «presa del pánico». No era exigible en ella otra conducta. Pretender, como entiende la Sala «a quo», que con arrebatar el revólver todo se habría solucionado, no puede aceptarse en la situación, porque nuevamente el hombre se la habría arrebatado a ella y con peores consecuencias. No existía otra selección de medios y a nadie puede exigírsele una obtención de medios adecuados que no estaban a su alcance... Puede decirse, que, si el primer disparo realizado con la rapidez de esta secuencia cuasicinematográfica hubiera hecho caer abatido al hombre, la acusada no hubiera disparado más”. Obsérvese que, en realidad, la situación objetiva, unida a la normal perturbación anímica consustancial a la misma, era más que suficiente para estimar cumplida la necesidad racional del medio, pues, como expresamente se indica en la resolución (entre otras muchas referencias que la fundamentan), “no existía otra selección de medios y a nadie puede exigírsele una obtención de medios adecuados que no estaban a su alcance”. Sin embargo, se hace una alusión al pánico del que era presa la mujer, así como a que “no era exigible en ella otra conducta”, frases que si se sacan de contexto sin ponerlas en relación con el resto de la argumentación, podrían inducir a pensar, equivocadamente, que la afirmación del requisito segundo del art. 20.4º CP y, con ello, de la justificación del comportamiento, se sustenta en dicho estado emocional extraordinariamente alterado. No es el caso. Aun cuando dicha mujer se encontrara internamente en tal situación, la racionalidad de su defensa se sustenta en la situación general en la que se desarrollan los hechos, de manera que la referencia a la no exigibilidad de otro comportamiento por su estado anímico de pánico, no fue lo determinante del cumplimiento de dicho requisito segundo, incluso cuando podía haber sido tomada en consideración en sede de culpabilidad, de haberse producido un exceso intensivo.

El problema es que, a veces, el Tribunal Supremo no se ha quedado en lo anterior (inducir a error con la introducción de referencias subjetivas que, en realidad, no han sustentado el juicio de racionalidad), sino que, efectivamente, ha tenido en cuenta alteraciones anímicas extraordinarias cuando ha evaluado la racionalidad de la defensa, propiciando así una confusión peligrosa entre los juicios de antijuricidad y culpabilidad e impregnando al primero de ellos de una subjetivización que lo desnaturaliza. Concretamente, esa ha sido su tónica dominante cuando ha consi-

derado pertinente otorgar efectos al miedo insuperable en los supuestos en que tal estado asténico ha sido el origen del exceso intensivo, pues en lugar de considerar producido el exceso y, posteriormente, valorar su incidencia en la culpabilidad del defensor, ha optado por privarle de autonomía propia e “insertar” el miedo insuperable dentro de la legítima defensa para aplicar esta en su forma completa.

#### 3.4. *El error objetivamente invencible acerca de la necesidad racional del medio*

Para finalizar con el análisis de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, apuntar una última cuestión consistente en poner de relieve que, para determinado sector doctrinal<sup>57</sup>, basta para considerar satisfecho el requisito segundo del art. 20.4º CP, con que, a la vista los datos objetivos concurrentes en el caso, cualquier persona, situada en el lugar del agredido, hubiera estimado racionalmente adecuado el procedimiento defensivo concretamente utilizado, y ello, aunque *a posteriori* se compruebe que no lo era. Esta forma de interpretar el juicio de racionalidad comporta la importante consecuencia de que el mismo quedará afirmado (y, con ello, la justificación, si se cumplen el resto de elementos), en los supuestos de *error objetivamente invencible* (creencia objetivamente fundada) acerca de la necesidad racional del medio. No podemos estar de acuerdo con dicha postura, dado que supone introducir en ese requisito elementos valorativos propios del juicio de culpabilidad, juicio este en el que, por tanto, deberán ser tomados en consideración<sup>58</sup>.

### III. LA DEFENSA IRRACIONAL: EL EXCESO INTENSIVO. DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO

El *exceso intensivo o propio* es aquel que tiene lugar cuando la conducta de defensa no cumple con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Respecto del mismo se hace necesario delimitar cuáles son los supuestos específicos que comprende, pues si bien hay un núcleo común indubitado del

<sup>57</sup> LUZÓN PEÑA, D. M.: “Legítima defensa y estado...”, cit., p. 259 (1985) y pp. 558 y 559 (2002); REQUEJO CONDE, C: *La legítima defensa*, Tirant lo blanch Valencia, 1999, pp. 418 y ss.; ROXIN, C.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 631 y 632.

<sup>58</sup> De esta opinión, IGLESIAS RÍO, quien patrocina que ante un error objetivamente invencible, el defensor no puede beneficiarse de una *justificación* sino de una *exculpación* (IGLESIAS RÍO, M. A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., p. 243).

que parten todos los autores, no toda la doctrina científica incluye en su ámbito idénticas hipótesis como punto de partida.

Dicha figura surge cuando la conducta de defensa rebasa los límites de la racionalidad necesaria establecidos por el legislador en el art. 20.4º, segundo, CP. Existe agresión ilegítima y necesidad abstracta de ejercitar la defensa, pero el sujeto reacciona de forma racionalmente inadecuada, esto es, excesivamente lesiva (no se cumple con la necesidad en concreto). Así pues, el exceso intensivo aparece cuando, aun siendo necesaria la acción de defensa, esta podía y debía haber adoptado una intensidad lesiva menor. Puesto que la cualidad de racional se predica de un concepto de medio defensivo entendido en un sentido amplio y, por tanto, comprensivo tanto del medio en sentido estricto concretamente seleccionado para la defensa, como de la medida o intensidad con que ha sido utilizado, dicho exceso puede aparecer por cualquiera de ambas vías o, incluso, por las dos juntas. En cualquiera de los casos, se trata de un exceso en la virtualidad dañosa del acto de defensa y que, consecuentemente, infringe el principio de menor lesividad que debe guiarlo.

Más concretamente, el agredido se habrá excedido intensivamente cuando, pudiendo hacerlo, no ha escogido el medio que menos lesividad comporta de entre los idóneos a su alcance para impedir o repeler el ataque (ej.: era factible la defensa con las manos y se ha utilizado una arma blanca). Al igual que cuando efectuada una elección certera del medio (por ser el menos dañoso de entre los disponibles), ha sido utilizado desmedidamente, esto es, con una intensidad lesiva mayor a la requerida por la agresión de que ha sido objeto (ej.: si bien era necesario el uso del arma blanca, se ha lesionado un órgano vital del agresor cuando hubiera bastado la lesión de otra zona no vital del cuerpo). Y con mayor motivo se produce tal exceso cuando se unen ambos extremos (ej.: siendo factible la utilización de los puños, no obstante, se ha usado una navaja, con la que, además, se han atacado zonas vitales del cuerpo cuando la agresión se hubiera impedido o repelido con la afectación de zonas no vitales).

La casi totalidad de la doctrina científica circunscribe esta modalidad de exceso defensivo a dichos supuestos en los que se ejecuta una defensa no racionalmente adecuada, aunque algunos autores incluyen dentro de su concepto aquellos casos en los que se incumple la falta de provocación suficiente por parte del sujeto que se defiende (tercer requisito legal de la eximente), aunque sin aportar argumentos sólidos para sustentar dicha tesis<sup>59</sup>. Entendemos, con la doctrina mayoritaria, que si bien su incum-

<sup>59</sup> En particular, IGLESIAS RÍO y TRAPERO BARREALES. Cfr. IGLESIAS RÍO, M.A.: *Fundamento y requisitos...*, cit., p. 431 (donde afirma la inclusión de estos casos en

plimiento puede dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta por tratarse de un elemento no esencial, el mismo no permite considerar que se trata de un exceso intensivo. Este presupone la transgresión del requisito de la necesidad en concreto, que a su vez implica (según literalidad del art. 20.4º, segundo, CP) la no racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se trata pues de un *exceso en la medida o cantidad* de defensa, en su *virtualidad lesiva*, un exceso en la *respuesta*, lo que nada tiene que ver con que el defensor haya provocado o no la ejecución de la agresión ilegítima.

En ocasiones, dicho exceso en la medida, cantidad, virtualidad lesiva o respuesta en la defensa, resulta desmesurado, dando lugar a lo que se conoce como supuestos de *extrema o manifiesta desproporción* en la reacción defensiva<sup>60</sup>. Para GÓMEZ BENÍTEZ, en los casos en los que la desproporción supera los límites de lo defensivo, no es que el sujeto se exceda en el medio empleado dentro de una acción defensiva, sino que dicho sujeto se sale del marco de la defensa, no actúa en defensa, razón por lo que no cabrá aplicar ni la eximente completa ni la incompleta<sup>61</sup>. En su opinión, llegar a tal conclusión es imprescindible si se patrocina una concepción finalista del delito o se admiten las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa, aclarando que su adopción no implica que la legítima defensa esté regida por el principio de proporcionalidad, es decir, no comporta que haya que adecuar la gravedad del daño que se infringe en defensa a la del que se pretende evitar (implícito en la agresión)<sup>62</sup>. En el mismo sentido se pronuncia QUINTERO

el exceso intensivo) y pp. 447 y ss. (donde analiza el requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor). Cfr. TRAPERO BARREALES, A.: “La eximente de miedo insuperable: ¿una alternativa a la teoría del error en la legítima defensa? (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000)”, *Actualidad Penal*, nº 44, 2001, p. 1076.

<sup>60</sup> A “extrema desproporción” se refiere MIR PUIG (*Derecho Penal...*, cit., p. 454) y a “manifiesta desproporción”, GÓMEZ BENÍTEZ (*Teoría jurídica del delito...*, cit., p. 349).

<sup>61</sup> GÓMEZ BENÍTEZ entiende que “el «estado defensivo» es un requisito de naturaleza *subjetiva*, pues en último extremo lo que pretende exigirse es que el sujeto activo actúe «en defensa», es decir, para ejercer una defensa”, de manera que solo habrá «necesidad de defensa» “cuando se demuestre que el sujeto actuó con el elemento subjetivo de justificación de «dirigir su actuación típica hacia la defensa»” y que faltará en los casos de manifiesta desproporción de la reacción defensiva (*ibid.*, cit.). Respecto del artículo 20.7º, OLMEDO CARDENETE también participa de la opinión de que una extrema desproporción pone de manifiesto una intención incompatible con el ánimo de actuar en el cumplimiento de un deber (OLMEDO CARDENETE, M.: “Comentario al artículo 20.7º del Código penal”, *Comentarios al Código Penal, Tomo II (Artículos 19 a 23)*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, pp. 561 y 562).

<sup>62</sup> “Como norma general –afirma el autor en cita– la legítima defensa puede ir más allá que la propia agresión, en cuanto a la gravedad del daño. No entra en juego, pues, la

OLIVARES, quien sostiene que el requisito de necesidad de defensa (y no el de la racionalidad del medio) falta cuando el sujeto se sale del marco de la defensa con actos que ya no corresponden a la necesidad defensiva<sup>63</sup>. Asimismo, se decantan por esta tesis BOLEA BARDÓN y AGUADO CORREA. La primera afirma que en la legítima defensa no rige el principio de proporcionalidad, por lo menos no en los mismos términos que en el estado de necesidad donde se aplica en su versión más estricta, pero de acuerdo con los principios de solidaridad mínima y prohibición del abuso del derecho, se excluirán todas las defensas que puedan ser consideradas manifiesta o absolutamente desproporcionadas. En estos casos el exceso puede llegar a determinar un salto cualitativo, cuestionando ya la propia necesidad abstracta de la defensa, perdiendo toda legitimidad la facultad de defensa que el Ordenamiento jurídico otorga al agredido<sup>64</sup>. Para la segunda, aun cuando *a priori* debe aceptarse la necesidad abstracta de la defensa siempre que la agresión obligue a hacer algo para impedirla, en los casos de extrema desproporción no puede admitirse que sea una defensa necesaria en abstracto, lesionar gravemente a otro cuando podía haberse impedido la agresión inicial asumiendo el menor coste que implica la huida<sup>65</sup>.

Pese al nutrido grupo de autores que patrocinan la tesis expuesta, no faltan penalistas que se decantan por incluir tales supuestos de desproporción manifiesta en el campo del exceso intensivo. Es el caso de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO o MIR PUIG. Aquellos consideran que si el defensor no tiene otro medio a su disposición, la ley no le exige que deje de emplearlo por el hecho de ser claramente desproporcionado, como tampoco le impone huir (de ser ello posible) sin defenderse. Ahora bien, en supuestos de agresiones insignificantes y disponibilidad tan solo de medios notablemente desproporcionados, el segundo requisito de la legítima defensa debería interpretarse en el sentido de que no

---

proporcionalidad entre los bienes jurídicos amenazados por la agresión y el daño en defensa, sino solo la necesaria utilización del medio defensivo menos lesivo de los que se tengan al alcance. Pero esta es una cuestión que no tiene que ver con la «proporcionalidad», sino con el principio de menor lesividad, en caso de que ello sea posible” (GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito...*, cit., p. 350).

<sup>63</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General...*, cit., p. 197.

<sup>64</sup> BOLEA BARDÓN, C.: “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa (A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993. Ponente: José Augusto de Vega Ruiz y de la STS de 5 de octubre de 1999. Ponente: Martín Canivell)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 1-3, 1998, p. 634.

<sup>65</sup> AGUADO CORREA, T.: *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Comarez, Granada, 2004, p. 77.

sería racionalmente necesaria su utilización y el agredido habría de optar por la huida o por soportar una pequeña lesión del bien jurídico de que se trata. De manera que si el agredido empleara ese medio tan dañoso para el agresor, no podría invocar la eximente completa de legítima defensa, sino, todo lo más, la incompleta, si es que pudiera afirmarse que existía genérica necesidad de defensa. En definitiva, la no identificación entre “necesidad racional” y proporcionalidad, si bien permite apreciar la legítima defensa completa aun en casos en que el daño causado al agresor sea superior al producible con la agresión, no puede en cambio significar la justificación de defensas claramente desproporcionadas, que darían lugar a supuestos de “exceso intensivo” en la defensa<sup>66</sup>. Por su parte MIR, opta por la aplicación de la eximente incompleta por faltar solo la necesidad concreta de la defensa en los casos de extrema desproporción, si bien no lo hace con carácter general sino de forma muy específica, al tratar aquellos supuestos en que la huida sería exigible para evitar una defensa que, de realizarse, resultaría excesivamente desproporcionada<sup>67</sup>.

De forma singular se pronuncia CEREZO MIR, quien estima que es incompatible con el fundamento de la legítima defensa exigir que no exista una gran desproporción entre el mal causado en la reacción defensiva y el que se pretendía producir con la agresión ilegítima. En su opinión, carece de fundamento el criterio de considerar implícita en el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión la exigencia de que no exista gran desproporción entre la reacción defensiva y la agresión ilegítima, habida cuenta de que la racionalidad que exige la ley va referida exclusivamente a la necesidad<sup>68</sup>. Ahora bien, pese a su anterior discurso, termina rechazando los supuestos de absoluta desproporción con la siguiente argumentación: de acuerdo con la sujeción del derecho de defensa al principio general de la ilicitud del abuso del derecho que consagra nuestro Código civil, la reacción defensiva será ilícita cuando aparezca como absolutamente desproporcionada con la entidad criminal

---

<sup>66</sup> OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 221 y 222.

<sup>67</sup> “Respecto a la huida, la opinión dominante no la considera exigible... Pero, si se acoge la tendencia actual a negar la legítima defensa en casos de extrema desproporción, no podrá admitirse que sea una defensa legítima el lesionar gravemente a otro cuando podía impedirse la agresión inicial asumiendo el coste poco grave que supone la huida... La huida puede, pues, ser exigible para evitar una defensa que resultaría extremadamente desproporcionada. Ahora bien, no huir en tal caso no excluirá la posibilidad de eximente incompleta, pues solo faltará la necesidad *concreta* de la defensa” (MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, cit., pp. 454 y 455).

<sup>68</sup> CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, II, cit., pp. 235 y 236.

del ataque<sup>69</sup>, por lo que no cabrá apreciar la eximente incompleta<sup>70</sup>. Con independencia de la exclusión de dicha atenuación cualificada por existencia de un abuso del derecho, debe quedar claro que para CERZO, en estos casos, contrariamente a lo que defiende GÓMEZ BENÍTEZ, no está ausente la necesidad de defender el Ordenamiento jurídico (fundamento supraindividual de la legítima defensa), sino que la defensa sigue siendo necesaria derivada de la existencia de la agresión ilegítima (inminente o actual, e inevitable sin recurrir a una reacción defensiva)<sup>71</sup>.

Por último, citar a JAKOBS entre aquellos penalistas que parecen decantarse por la admisión del derecho de defensa en supuestos de manifiesta desproporción, quien alega que puede que una defensa desproporcionada no sea precisamente deseable, pero no por ello es equiparable ya a una intervención arbitraria<sup>72</sup>.

La *jurisprudencia* refiere estos supuestos de manifiesta desproporción en algunas de sus resoluciones, con objeto de dar entrada a las restricciones ético-sociales, decantándose de forma expresa en la *STS de 16 de diciembre de 1993* (RJ 1993\9476) por excluir la aplicación de la eximente incompleta<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> *Ibid.*, cit., p. 237.

<sup>70</sup> *Ibid.*, cit., p. 360.

<sup>71</sup> Esta opinión de CERZO, favorable a mantener la necesidad abstracta de defensa en los supuestos de manifiesta desproporción, puede ser compartida o no, pero es tan viable como cualquier otra. Sin embargo, justo a continuación de realizar semejante propuesta, dice algo que, a nuestro juicio, es contradictorio, puesto que afirma que en tales supuestos de absoluta desproporción también resulta *necesario el medio empleado para impedir o repeler la agresión*. Reproducimos sus palabras exactas: “No es cierto, en cambio, que en estos casos falte el fundamento supraindividual de la legítima defensa, es decir la necesidad de defender el ordenamiento jurídico, puesto que existe una agresión ilegítima, la defensa es necesaria (la agresión es inminente o actual, e inevitable sin recurrir a una reacción defensiva) y es *necesario el medio empleado para impedir o repeler la agresión*” (la cursiva es nuestra). Tras su lectura nos cuestionamos, cómo puede entenderse que se da la necesidad del medio empleado, cuando se está partiendo de valorar una hipótesis en la que existe una absoluta desproporción en la reacción defensiva (se supone que, justamente, por fallar la racionalidad del medio). Cfr. CERZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal...*, II, cit., p. 237.

<sup>72</sup> JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 472.

<sup>73</sup> “Por último, es preciso tener en cuenta que la doctrina ha destacado desde hace ya tiempo que, si bien la proporcionalidad entre el bien que se defiende y el daño que se produce para defenderlo no es un elemento estructural de la legítima defensa, como lo es en el estado de necesidad, lo cierto es que la legítima defensa debe reconocer también límites que, en ocasiones, han sido calificados de éticos. En este sentido se ha condicionado el derecho de defensa a la inexistencia de una desproporción exagerada entre el daño que se quiere evitar mediante la defensa y el que es necesario para ella. En tales casos la

Consideramos que la solución a estos casos de extrema desproporción no puede obtener respuesta unívoca, pues no todos ellos se presentan en identidad de condiciones. Aun partiendo de la existencia de una conducta defensiva manifiestamente desproporcionada, la especificidad de cada supuesto va a depender de circunstancias tales como si el sujeto disponía o no de otro medio menos lesivo para ejecutar la defensa, así como del carácter insignificante o no de la agresión. De la combinación de dichos parámetros se pueden extraer las siguientes conclusiones<sup>74</sup>:

- a) Si la agresión es insignificante y el sujeto utiliza medios extremadamente desproporcionados, teniendo a su alcance otros menos lesivos (ej. quien dispara al que está hurtando su cesta de frutas, pudiendo simplemente darle un empujón), resulta inviable aplicar atenuación alguna al comportamiento, porque como indicaban el primer grupo de autores mencionados, desaparece la propia necesidad abstracta de defensa. Además de lo anterior, en estos supuestos también decae el fundamento de primacía del Derecho frente a lo ilícito, porque dicha prevalencia no es absoluta, sino que está presidida por una ponderación previa de intereses sociales que excluyen la posibilidad de que la ley prevalezca siempre y bajo cualquier circunstancia. Una autorización ilimitada de defensa en casos como los analizados, supondría una auténtica perversión de la institución.
- b) Si la agresión es insignificante y el sujeto tan solo dispone de medios notablemente desproporcionados para defenderse (ej. paralítico y mudo que, desde la ventana, dispara al que está hurtando su cesta de frutas y que no tiene otra forma de evitarlo), aunque lo indicado sería que soportara dicha agresión, si finalmente opta por utilizarlos en la defensa, la circunstancia de que, en realidad, recurrió al único medio idóneo disponible (por desproporcionado que sea) debe tener cierta relevancia (aunque sea mínima) en la calificación de la conducta del sujeto. En estos casos, se mantiene la necesidad abstracta de defensa en tanto que se incumple el requisito segundo del art. 20.4º CP. No obstante, el exceso intensivo adquiere tal magnitud, que debe restringirse extremadamente la defensa del agredido en virtud de la mínima

---

situación generadora del derecho de defensa faltará desde el comienzo y, consecuentemente, tampoco entrará en consideración la posibilidad de una eximente incompleta”.

<sup>74</sup> Siempre partiendo de la situación más simple, sin tomar en consideración otros extremos que pudieran influir en la calificación de los hechos, tales como el error o el miedo.

lesividad de la agresión (lo que debilita la propia necesidad abstracta de defensa), de manera que, aun cabiendo legalmente la posibilidad de exención incompleta, esta no debería ser aplicada<sup>75</sup>. Únicamente procedería apreciar una atenuación simple, vía atenuante analógica (art. 21.7º en relación con el art. 21.1º y art. 20.4º, todos ellos del CP). Con esta solución, se toma en consideración, si bien con efectos mínimos, el hecho de que el sujeto ha empleado el único medio disponible<sup>76</sup>.

- c) Cuando la agresión no es insignificante sino que tiene cierta entidad, la solución pasa por aplicar las reglas generales de la legítima defensa, dado que la relevancia de la agresión debe incidir necesariamente en la valoración de la racionalidad del medio utilizado, mermando la posibilidad de que surja un supuesto de extrema desproporción. Dicho de otra forma, el carácter no insignificante de la agresión determina la imposibilidad de calificar la defensa como manifiestamente desproporcionada, lo que no obsta a que la misma pueda ser considerada relativamente desproporcionada, si el sujeto utilizó para su defensa un medio altamente lesivo cuando tenía a su alcance otro menos gravoso. Así, si ante una agresión de entidad considerable, el sujeto utiliza medios muy lesivos, teniendo a su alcance otros que lo son menos (ej. padre que para defender a su hija pequeña de un abuso sexual que está sufriendo, en lugar de intervenir apartando al agresor con algún medio eficaz –puños, golpearle con algún objeto...–, directamente le dispara), la solución, probablemente, sería la aplicación de la eximente incompleta, pues por lesivo (y no racional) que sea el medio, la entidad de la agresión impedirá que sea calificado (en relación con ella) como de extremadamente des-

<sup>75</sup> La formulación legal de la eximente incompleta no impone ser aplicada preceptivamente en todos aquellos casos en que falte un elemento no esencial, dejando en manos del juez la estimación de si procede o no su utilización dependiendo del conjunto de circunstancias concurrentes. Como señala VALLE MUÑIZ, “la sola ausencia de un requisito accidental de una causa de justificación no tiene por qué abocarnos obligatoriamente a la atenuación –por muy importante que ésta sea– de la responsabilidad criminal” (VALLE MUÑIZ, J. M.: “Fundamento...”, cit., p. 564).

<sup>76</sup> OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, como ya se indicó *supra*, proponen la aplicación de la eximente incompleta para estos casos (agresión insignificante y disponibilidad tan solo de medios notablemente desproporcionados), si se confirma la existencia de necesidad genérica de defensa. Así pues, nuestra propuesta coincide con la suya en cuanto a dar relevancia a la inexistencia de otros medios disponibles, aunque difiere del trato punitivo dispensado (OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 221).

proporcionado. Si la agresión no es insignificante y, además, el sujeto utiliza medios extremadamente lesivos por no tener a su alcance otros que lo sean menos (ej. parálítico y mudo que dispara desde su ventana al que abusa sexualmente de su hija), procedería aplicar la eximente completa de legítima defensa, solución esta que cuenta con el beneplácito de nuestro Tribunal Supremo que en este sentido ha afirmado que “puede exigirse una adecuada selección o elección de medios defensivos cuando, el agredido injustamente, tenía a su disposición varios de ellos, de distinta eficacia vulnerante y hasta letal, pero se ha de ponderar este extremo con suma cautela y con extraordinaria prudencia cuando, el referido atacado, no tenía a su disposición más que un solo medio defensivo, fuera éste idóneo y proporcionado o no lo fuera, puesto que a nadie se le puede exigir una improvisación imposible y una obtención de medios adecuados que no estaban a su alcance”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> STS de 4 de junio de 1986 (RJ 1986\3102).

