

Prof. Luis Miguel Ramos Martínez

Ayudante de Derecho Penal. Univ. de León, España. Socio de la FICP.

**~Legítima defensa: la racionalidad de la necesidad del medio
(resumen)~**

I

La presente ponencia¹ se divide en dos grandes bloques: el primero está dedicado a justificar la necesidad de seguir hablando hoy del requisito de la necesidad racional del medio exigido en esta causa de justificación; el segundo consiste en un recorrido rápido por lo que será la estructura fundamental de mi tesis doctoral: una parte introductoria y sendos apartados sobre los dos sentidos que se pueden atribuir a este requisito de la legítima defensa, a saber, el ampliatorio y el restrictivo —distinción propuesta por LUZÓN PEÑA, por escrito, desde 2012—.

II

Existen varias razones para considerar que el tema, aunque clásico, es también de actualidad, justificando así mi elección.

- En primer lugar, siguen coexistiendo distintas posturas en torno al significado de este requisito —segundo legal, tercero doctrinal y jurisprudencial, del art. 20.4.º CP—, por lo que el debate está vivo. Resumiendo mucho, se podría distinguir entre: autores que extraen la exigencia de proporcionalidad en algún sentido, bien por la operatividad de algún principio general de la antijuridicidad o bien por propia la interpretación —a mi juicio incorrecta— del requisito; autores que aceptan restricciones ético-sociales sin base legal directa, las cuales pueden tener distinto fundamento, como la dignidad humana, el principio de solidaridad mínima, etc.; autores que buscan limitaciones en otras normas del ordenamiento, ubicándose aquí el debate sobre la aplicabilidad de las restricciones del art. 2 CEDH o la prohibición del abuso de derecho que recoge el art. 7.2 CC; y, finalmente, autores que realizan otras propuestas restrictivas, destacando en este grupo la interpretación de adjetivo «racional» efectuada por LUZÓN PEÑA.

¹ Resumen de la ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024. El texto íntegro, con citas, se podrá consultar en las actas publicadas por la FICP en su *web*.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

- En segundo lugar, como este enriquecedor debate no ha tenido todo el efecto que debiera en la jurisprudencia, más allá de la evolución que se pueda extraer de la línea que ha ido manteniendo el TS al respecto, actualmente se suelen encontrar resoluciones que interpretan el requisito de la necesidad racional del medio de manera confusa, fruto de la vinculación constante que hacen los órganos judiciales entre necesidad racional y proporcionalidad. Hay varias sentencias más o menos recientes conocidas sobre el tema, pero bastan los siguientes dos ejs. para ilustrar la confusión que todavía reina en este aspecto de aplicación de la eximente: la STS 268/2023, la cual, citando otras resoluciones anteriores, declara que «la racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado [...] exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa y determinar si esta sobrepasó o no la intensidad y grado necesario para neutralizar aquél», tratando como equivalentes ambos conceptos; y la SAP Valencia, de 8 de marzo, que resolviendo la primera instancia de un caso bastante mediático, solo dedica media línea, «el jurado no apreció una reacción proporcionada», a fundamentar la inexistencia de eximente completa —por cierto, haciendo referencia dentro de la justificación a las consecuencias del temor que provocó en el defensor la agresión ilegítima—.

- En tercer lugar, el 8 de octubre de 2021, el Grupo Parlamentario VOX presentó una Proposición de LO para modificar el CP —que fue acompañada de una campaña a favor de la extensión de la tenencia de armas— en la que, en síntesis, proponían introducir una presunción legal de necesidad racional del medio —no se sabe *iuris tantum* o *iuris et de iure*— para los casos de allanamiento de morada y, con el requisito confuso de «peligro de agresión», de defensa del lugar en el que se ejercite una actividad comercial, profesional o empresarial, utilizando como único criterio de validez que el medio de defensa utilizado fuera legal/reglamentario. Aunque sin éxito, se pretendió excepcionar este requisito, en esas circunstancias, en los supuestos en que los sujetos que se defendiesen tuviesen armas autorizadas en su casa o negocio, buscando seguramente, además de una utilización meramente simbólica del Derecho penal —en este caso no creando más Derecho penal—, potenciar la intimidación general de la legítima defensa.

- En cuarto y último lugar, mencionaré un par de problemas que están actualmente en discusión y cuya solución puede pasar por la interpretación de este requisito: la legítima defensa en situaciones sin confrontación —llamada muerte del tirano doméstico

cuando se trata en el ámbito de la violencia de género—, sobre el que entendiendo que, a la vista de la STS 684/2021, se puede interpretar el delito de maltrato habitual como un delito permanente contra el bien jurídico paz familiar; y el debate que se abre tras la L 7/2023 —derechos y bienestar animal— y la LO 3/2023 —maltrato animal— en torno a posibilidad de defender los derechos subjetivos de un animal en legítima defensa por declarar art. 20.4.º CP exento de responsabilidad criminal a quien obre «en defensa de la persona o de derechos propios o ajenos».

Resumiendo: la doctrina está dividida, la jurisprudencia es confusa, ha habido un intento de reforma reciente y hay discusión jurídica, pero también social, sobre temas que se resolverían en sede de este requisito.

III

Como introducción al segundo bloque anunciado, he de mencionar algunos aspectos sobre los que no puedo detenerme ahora, pero sí me pronunciaré en mi investigación doctoral: los detalles acerca de mi toma de postura sobre el fundamento —asumiendo el doble mayoritario— y la naturaleza —indiscutida causa de justificación, pero que excluye baremos subjetivos que se suelen ubicar incorrectamente en la antijuridicidad— de la legítima defensa; mi alineamiento con la posición doctrinal que considera que restringir los requisitos de las causas de justificación —fuera de sus términos— es, indirectamente, crear Derecho penal; y mi asunción de la materialización del requisito de la necesidad en concreto en el principio de menor lesividad, tan desarrollado por la doctrina alemana —es decir, entender, necesario como lo imprescindible, también con la exigencia de idoneidad del medio, aquí cuantitativa—.

- Ya sobre el **sentido ampliatorio**, es necesario puntualizar que este no vendría dado solo por la ausencia de proporcionalidad —p. ej. entre los bienes jurídicos en juego—, sino por el efecto que tendría considerar que la necesidad concreta del medio ha de juzgarse bajo la creencia racional fundada *ex ante*. El autor que mejor desarrolla las consecuencias de esto es también LUZÓN PEÑA: si era razonable la creencia de que era preciso recurrir a ese medio concreto, aunque *a posteriori* se compruebe que no era el necesario, el defensor incurrirá en un error objetivamente invencible sobre la necesidad. No obstante, aun siendo esta la consecuencia más importante del sentido ampliatorio, buena parte de este apartado que será de mi tesis estará dedicado a sistematizar los argumentos principales en contra de del uso del término «proporcionalidad»: literales —

también como exclusión de la irracionalidad—; sistemáticos —frente al estado de necesidad del art. 20.5.º CP y frente a otras normas que regulan actuaciones defensivas que se exigen proporcionales, como el art. 5.º.2.c LOFCS—; histórico-teleológicos; y de Derecho comparado —con países de nuestro entorno geográfico y cultural—.

- Finalmente, acerca del **sentido restrictivo**, es pertinente recordar que las restricciones más deseables son siempre las legales, pues estas, sean más o menos acertadas, tienen la forma y la carga democrática deseable para crear Derecho penal; aunque, lógicamente, deben ser interpretadas. Por ello, no se trata tanto de criticar —todas— las ideas que subyacen bajo las restricciones ético-sociales antes mencionadas, sino más bien de analizar qué cabe dentro la letra del requisito y qué no. El aporte interpretativo anunciado de LUZÓN PEÑA consiste en entender «racional» como «social y jurídicamente razonable», lo que puede ser una solución para los supuestos en los que la extensión de la legítima defensa parece chocar con otros principios o intereses del ordenamiento jurídico —no sería racional, razonable, p. ej. causar un daño absolutamente desproporcionado—. Que la necesidad del medio escogido por el defensor sea conforme a la razón, implica no solo que no sea irracional, sino que sea razonable. La RAE reconoce la sinonimia entre racional y razonable —ambos adjetivos comparten su raíz etimológica: *ratio*—. Aunque esté casi por completo fuera del ámbito penal, un uso relativamente reciente por el legislador del adjetivo «racional» con este sentido —razonable— lo encontramos en el TR de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: cuando esta norma hace referencia a un uso o empleo racional está pensando, sobre todo, en la prevención de su abuso, en cierta moderación. Además, aquí se pueden explorar los criterios de la adecuación —social y jurídica— para decidir si pueden ser trasladables a la legítima defensa. Y, en último lugar, sobre los adverbios «social y jurídicamente»: si lo razonable socialmente puede ser aquello considerado de manera mayoritaria o unánime como correcto, adecuado, justo, procedente, etc., en el caso de la legítima defensa, puede ayudar a esto imaginarse a un tercero llevando a cabo la defensa, aunque teniendo en cuenta que víctima-defensora y tercero-defensor pueden tener distintos medios defensivos a su disposición; y si para determinar qué es razonable jurídicamente, puede acudir a lo que el ordenamiento, en general, no desvalore, hay que buscar normas aplicables a casos concretos —p. ej. el art. 15 CE para quienes admiten el planteamiento de la legítima defensa de terceros ante la tortura en los casos de atentados terroristas inminentes llevada a cabo por sujetos que no actúan en nombre del Estado—.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

* * * * *