



ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO PENAL PERUANO*

Elky Alexander Villegas Paiva**

SUMARIO:

I. Breves consideraciones sobre la estructura de la teoría del delito. Especial referencia la categoría de la antijuridicidad. **II.** Las causas de justificación. **III.** La legítima defensa: concepto y fundamento. **IV.** Regulación de la legítima defensa en el Código penal. **V.** Elementos objetivos de la legítima defensa. **VI.** Elemento subjetivo de la legítima defensa. **VII.** Restricciones a la legítima defensa.

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CATEGORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Resulta casi pacífica la afirmación de conceptualizar al delito como una conducta (o acción en sentido jurídico penal) típica, antijurídica y culpable¹, cuyo estudio corresponde a la denominada teoría del delito, en

* A mis padres: Lila Paiva y Luis Villegas, por lo mucho que les debo y todo cuanto los quiero.

** Egresado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Director Académico del Centro de Estudios e Investigación en Ciencias Penales (CEICP). Miembro del área penal del Estudio Vargas Rodríguez & Asociados (Chiclayo). aleksamder.evp@gmail.com

¹ Algunos autores incluyen como elemento del delito, la punibilidad. Sin embargo, no puede considerarse como una categoría dentro de la teoría del delito, puesto que *la punibilidad* (penalidad) está referida a

tanto es esta la que precisa los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para imputar responsabilidad penal, en procura de lograr una aplicación racional –o al menos coherente y previsible- de la ley penal a los casos concretos.

Si la teoría del delito tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar –en los casos que se presenten- si están dados los presupuestos, generalmente aceptados, de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo²; solo así se considerara que dicha actuación del poder punitivo del Estado no es irracional.

Dichos presupuestos, dentro de la estructura de la teoría del delito, funcionan a manera de filtros, es decir como diversos niveles de análisis, de modo que cada uno de ellos presupone la presencia del anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación³. Bajo esta óptica solo tendrá sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho jurídico si este reúne los requisitos de una acción en sentido jurídico penal, es decir, que sea un acto jurídico con características propias que le impriman relevancia penal. De igual forma solo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado que una acción es típica y antijurídica (lo que la doctrina denomina ilícito penal⁴).

causas o condiciones adicionales que no se incluyen en todos los delitos, sino que *se presenta excepcionalmente en algunos casos delictivos*, es decir hay acciones típicas, antijurídicas y culpables que requieren de ciertas condiciones para que sean consideradas punibles, en tal sentido no impiden ninguna de las categorías mencionadas (en otras palabras puede haber delito sin punibilidad), sino solo la conveniencia político criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción. Conforme a ello parece más adecuado que su estudio se realice en el momento de la determinación judicial de la pena. Sobre ello véase CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español. Curso de iniciación-cuestiones introductorias. Teoría del delito 1*; 2ª edic., Cáceres, 1996, p. 272. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7ª edic., Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2004, pp. 150-151. También ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. V, Buenos Aires: Ediar, 1988, pp. 11 y ss. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, 1ª edic., 3ª reimp., Lima: Grijley, 2010, p. 227, num. 483.

² Una vez comprobados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta cómo debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento; a este segundo sistema se le denomina teoría de la pena, que cabe entenderlo más precisamente –según Zaffaroni- como teoría de la responsabilidad penal o punitiva de la agencia jurídica (no del criminalizado, pues quien debe responder es la agencia). Véase: ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*; 2ª edic.; Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 373.

³ Véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 1ª edic., 3ª reimp., Bogotá: Temis, 1996, p. 67.

⁴ Al ilícito penal también se le denomina “injusto” penal, sin embargo la palabra “injusto” no es lo suficientemente clara, en la medida que significa “no justo o no equitativo”, expresión de nítida connotación moral. Por eso, es preferible emplear el término ilicitud que significa cualidad de lícito, y que

Entonces para efectos de imputación penal, una vez comprobada la exigencia de una acción en sentido jurídico penal, se procederá a verificar la tipicidad de dicha conducta; luego para ir completando el mencionado proceso de imputación resulta necesario determinar si esa conducta típica es antijurídica, o sea si es contraria al ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) por haber puesto en peligro o lesionado un bien jurídico-penal protegido por dicho ordenamiento (antijuridicidad material)⁵.

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁶.

Como refiere Quintero Olivares: “Positivamente la antijuridicidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico

debería utilizarse en el sentido de lo penalmente ilícito. Así, HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal-Parte General I*; 3ª edic.; Lima: Grijley, 2005, p. 513, num. 1334. De similar opinión BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 73, cuando sostiene que “Generalmente la teoría de lo ilícito penal se designa como teoría de lo injusto. Mediante esta expresión se entiende traducir la voz alemana *Unrecht* que, literalmente, significa negación del derecho. La traducción no parece afortunada porque sugiere implicancias iusnaturalistas que son ajenas al concepto”.

⁵ Una acción típica solo se reputará como antijurídica si cumple conjuntamente con el aspecto formal (contrario al ordenamiento jurídico, pues consiste en una oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal, por ejemplo, “no matar” en relación con el art. 106 del CP.) y material (carácter dañino del hecho típico con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal) de dicha categoría jurídica del delito. Como señalan MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*, 4ª edic., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 343. “Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada como antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que o esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción”. En esta línea se debe comprender que la diferenciación entre un aspecto formal y otro material no implica que existan dos conceptos de antijuridicidad, pues dichos aspectos están inescindiblemente unidos, ya que el análisis de la antijuridicidad tiene que partir del ordenamiento jurídico, pero siempre va implicar la afección del bien jurídico. En este sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 570. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 600, también VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 530, num. 1184. Bajo las consideraciones reseñadas se puede sostener – como enseña HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 516, num. 1342- que: “Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho pero desde perspectivas y niveles diferentes; necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se le debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuridicidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuridicidad formal.”

⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 351, num. 675.

legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuricidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado”⁷.

De este modo la realización del tipo, objetivo y subjetivo, no implica necesariamente la infracción de la norma, puesto que no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación⁸, estas pues delimitan el alcance de las normas prohibitivas, por lo que se puede decir que una conducta no será prohibida si con ella concurre alguna causa de justificación que la hace conforme a Derecho. En otras palabras existen conductas que si bien generalmente son prohibidas, sin embargo si se realizan bajo determinadas circunstancias subsumibles en una causa de justificación, resultará que en esas precisas circunstancias está permitida⁹, pues el ordenamiento jurídico la admite al otorgarle al autor de dicha conducta una licencia para obrar como obró, de modo que en ese supuesto no se podría alegar una infracción a la norma¹⁰.

⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., 1ª reimp., Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 367.

⁸ MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 06-02, Granada: Universidad de Granada, 2004, p. 8, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>. Agrega el citado autor que “No es admisible la tesis del finalismo según la cual el tipo agota la materia de prohibición y su realización supone la infracción de la norma de conducta, aunque concorra alguna causa de justificación. Los preceptos que tipifican los delitos y los que prevén las causas de justificación pertenecen a un mismo cuerpo legal (el Código penal) y están previstos para ser relacionados unos con otros. Su distinción y su ubicación en lugares diferentes del Código obedece solamente a razones de economía legislativa. Si solo existiese un delito en el Código penal, no sería necesario prever en diferentes preceptos la formulación del tipo del delito y la de las causas de justificación. Si ese delito fuera el de homicidio podría decirse, por ejemplo: El que matare a otro será castigado con la pena de..., salvo que lo hiciere en alguna de las circunstancias siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, etc.”. Pero, siendo muchos los delitos previstos por el Código, sería interminable repetir la salvedad de las causas de justificación para cada uno de ellos. Lo mismo ocurre con la tentativa o las formas de participación, cuya previsión se hace en la Parte general del Código para no tener que repetirla respecto de cada delito”.

⁹ Como señala JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edic., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 419. “A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación”.

¹⁰ La afirmación de que la tipicidad no supone por sí sola la infracción de la norma, no implica que se comparta la teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que existe un criterio fundamental para distinguir diferentes niveles entre los distintos presupuestos de la infracción de la norma. Este criterio es el del distinto significado valorativo de cada uno de dichos niveles. Así, un hecho penalmente típico justificado tiene un significado valorativo distinto al de un hecho atípico. Y la realización de la parte objetiva del tipo permite ya una valoración específica que es independiente de que vaya seguida o no de la realización completa de un tipo doloso o imprudente. En la misma perspectiva, la valoración específica de la tipicidad no solo no desaparece si concurre una causa de justificación, sino que es necesaria para decidir si un hecho típico está o no justificado. La justificación no borra el desvalor del hecho típico –la lesión o puesta en peligro del bien jurídico objetiva y subjetivamente imputable–, sino que es el resultado de la concurrencia de dicho desvalor junto a una valoración positiva de otro aspecto del hecho: que es

El análisis de la antijuridicidad se dirige a establecer si excepcionalmente la ejecución de un acto típico está autorizada por el Derecho, por lo que habrá antijuridicidad cuando se haya constatado de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico, es la comprobación de que un acto en principio prohibido por la norma penal no se haya excusado por una causal de justificación¹¹. Como señala Lascuraín Sánchez¹²: “La tipicidad de una conducta solo dice que está inicial o generalmente prohibida. Si además lo está final o concretamente es precisamente lo que nos preguntamos en el análisis de la antijuridicidad”.

En tal sentido la tipicidad de una conducta ofrece únicamente una presunción refutable de su antijuridicidad, es solamente un indicio de la antijuridicidad¹³, puesto que solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la conducta, estableciéndose de forma concreta si se está actuando conforme a Derecho o no, para así anular el efecto indiciario del tipo. Si se comprueba que se actuó conforme a Derecho se entiende que no realizó una conducta prohibida, puesto que en esas especiales circunstancias el derecho permite actuar de ese modo.

necesario para salvaguardar intereses jurídicos prevalentes en el caso”. Véase ampliamente MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”, cit. passim. SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 286; también considera que la distinta significación valorativa de los sucesos justifica la conservación de la antijuridicidad como categoría autónoma de la tipicidad. Ya WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de José Cerezo Mir, 2ª reimp. de la 1ª edic. en castellano de 1964; Buenos Aires-Montevideo: B de f, 2004, p. 90, oponiéndose a la teoría de los elementos negativos del tipo, ha sostenido que la concurrencia de una causa de justificación no afecta, o elimina al tipo sino que excluye solo la antijuridicidad de su realización.

¹¹ Así, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte general, T. II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 3ª edic., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 102.

¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “La antijuridicidad. Causas de justificación”. En: *Teoría del delito*, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007, p. 299.

¹³ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Vol. I, trad. y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, p. 443. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, cit. p. 582. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 591. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Madrid: Trotta, 1999, p. 99. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 304. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 351, num. 676. EL MISMO. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 117. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 286. DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena 2. Imputación delictiva*, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 124. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*, 1ª edic., 3ª reimp., México D.F: UNAM, 2004, p. 134. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª edic., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 209. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 102. LAFFITE, Fernando. *Esbozo para una teoría del delito*, Buenos Aires: Lerner Editores, 1989, p. 68. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito penal. Parte geral*, Vol. I, 7ª edic., Sao Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 252. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª edic.; Lima: EDDILI, 2002, p. 263. VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Lima: Editorial San Marcos, 2001, p. 336. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 528-529, num. 1182.

Por otro lado, y conforme a lo dicho hasta aquí, se puede sostener que la comprobación de que se ha realizado una conducta subsumible en tipo penal, no carece de valor, sino que por el contrario reviste una valoración de la conducta del autor: ésta lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Esta afcción de bienes jurídicos penalmente protegidos no es un *nullum*, sino que representa el motivo para investigar esta conducta en su antijuridicidad y examinar si existe realmente un ilícito penal¹⁴, en tal perspectiva la tipicidad de una conducta se convierte en el presupuesto del análisis de la antijuridicidad de la misma.

Asimismo a diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico¹⁵.

Conforme con los párrafos precedentes se tiene que no es lo mismo establecer que la conducta no es típica o que no es antijurídica o que no se puede exigir responsabilidad al sujeto. Si no es típica, significa que es indiferente al Derecho penal. Si no es antijurídica, no se puede decir lo mismo, ya hay por lo menos un desvalor de acto. Si no es culpable, es decir no hay sujeto responsable, de todas formas hay un ilícito y este puede ser fuente de una responsabilidad penal concretada en una medida de seguridad¹⁶.

II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Observaciones generales

Cuando una conducta queda subsumida dentro de un tipo penal, se avanza en el proceso de imputación penal, por lo que corresponderá analizar la antijuridicidad de dicho comportamiento, ahora si esa conducta se halla amparada en una causa de justificación, significa que el ordenamiento jurídico la considera lícita, trayendo como consecuencia que decaiga la imputación atribuida indiciariamente a nivel de la tipicidad. En tal sentido las causas de justificación operan como estructuras de descargo de la imputación, pues la conducta desplegada en esos supuestos concretos abarcados por las causas de justificación, se la considera conforme a Derecho, en decir no se habría creado un riesgo prohibido susceptible de

¹⁴ En este sentido BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 155.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 351.

¹⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*, Vol. II, Madrid: Trotta, 1999, p. 117.

sanción penal, sino que se trataría de un riesgo permisible (pero solo en esas especiales circunstancias).

Las causas de justificación al operar como estructuras de descargo de la imputación, sientan sus bases en la competencia de un hecho penalmente relevante¹⁷. Se trata de una parte del proceso de imputación penal, en la que se determina quien es el competente por el hecho concreto y en que medida lo es. Así, las causas de justificación se presentan como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto¹⁸, es decir las causas de justificación son contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora¹⁹.

Como afirma García Caveró: “En las causas de justificación no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro resulta penalmente competente por dicha afectación. Estas causas producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por terceros (culpables o no) o por el propio afectado”²⁰.

Ahora bien si la imputación penal mantiene su vigencia o si por el contrario, procede el descargo o justificación de la misma, es indispensable—como refiere Caro Coria²¹— primero apreciar en toda su extensión las dos facetas que presenta la concreción penalmente relevante del hecho: objetiva y subjetiva.

En el aspecto objetivo, implica una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que en otro contexto estaría prohibida, es decir merecería reproche penal²². Si bien este dato objetivo puede adquirir contornos específicos, lo cierto es que los presupuestos objetivos deben

¹⁷ CARO CORIA, Dino Carlos. “Legítima defensa”. En: Castillo Alva, José Luis (Coord.). *Código penal comentado*, T. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 672.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008, p. 469. EL MISMO. *Derecho penal económico. Parte general*, Lima-Piura: Ara Editores-Universidad de Piura, 2003, p. 613.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 467.

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 471.

²¹ CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

²² En este sentido GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 616. EL MISMO. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 472. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

estar presentes y ligados a la situación de conflicto y no basta solo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia²³.

En lo concerniente a la exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación, es un tema por demás controvertido en la doctrina²⁴, sin embargo –como sostiene García Cavero²⁵– “(...) debemos recordar que las causas de justificación permiten una determinación de las competencias mediante una concreción del hecho. En este sentido, el aspecto subjetivo debe también concretarse, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de la situación de justificación”.

Ahora el aspecto subjetivo no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor, pues el estado psíquico del autor es irrelevante para la imputación penal. Lo más adecuado será considerar la exigencia de conocimiento (imputación del conocimiento) de la situación de justificación. Esta imputación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de justificación, sino que debe abarcar también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto²⁶. Hay que recordar que no nos referimos a un conocimiento psicológico, sino a una imputación de conocimiento determinado en la situación específica²⁷.

2. Efectos

²³ Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 617. EL MISMO. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 472. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

²⁴ Consideran que las causas de justificación tienen aspectos objetivos y subjetivos, aunque desde diferentes perspectivas: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533-534, num. 1193. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 521-522, num. 1354-1355. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 344. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 121. BAUMANN, Jürgen. Ob. cit., pp. 199 y ss. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 116. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general, T. I. Fundamentos-la estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª edic. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, pp. 597-598. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. cit., p. 136. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “La legítima defensa en el nuevo Código Penal de Panamá”. En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 1, San José: Universidad de Costa Rica, 2009, pp. 5 y 21; disponible en <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr>. En contra ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 605. Quienes afirman que la justificación no exige elementos subjetivos. También SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 288, adopta una postura en contra de los elementos subjetivos en las causas de justificación, aunque los admite excepcionalmente en el caso de la legítima defensa.

²⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 474.

²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 474.

²⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 619.

Como se viene diciendo las causas de justificación levantan la imputación establecida a nivel de la tipicidad; sin embargo, ello no es el único efecto que despliegan, sino que su presencia genera otros efectos penalmente relevantes:

Así, contra una conducta justificada no cabe legítima defensa, pues la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada²⁸. El afectado no solo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Por ejemplo quien se ve en peligro por una acción de legítima defensa, ciertamente no tiene que ofrecer su cabeza, sino que puede sustraerse a la "defensa agresiva" del sujeto al que ha agredido; pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en "defensa contra la defensa" a la persona inicialmente agredida por él; por el contrario, en tal caso se le deberá castigar por lesiones dolosas²⁹.

La justificación de una conducta típica, tiene además, el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes contribuyen a la materialización de la causa de justificación. En las exposiciones doctrinales se suele hacer referencia a la accesoriedad cualitativa de la participación para explicar en estos casos la falta de castigo de los partícipes³⁰. Sin embargo, el hecho es que la justificación de la conducta niega la existencia de un ilícito penal, con lo cual a su vez se cierra la posibilidad de estar ante la presencia de un delito, y al no existir delito, resulta imposible imputar responsabilidad penal a nadie³¹, es más ni siquiera en ese supuesto concreto se podría hablar de autor y partícipe en sentido estricto. En tal sentido resulta innecesario acudir al principio de la accesoriedad para sustentar la

²⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 452. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 602. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 122. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 213. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 122. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 286. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533, num. 1192. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 477. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 272. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 342.

²⁹ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 602.

³⁰ Así BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 273. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533, num. 1192. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 342. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352.

³¹ Similar GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 477.

no sanción al que colaboró en la conducta justificada, pues al final de cuentas intervino en una conducta lícita.

Se ha señalado también que cuando un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos en todo el ordenamiento jurídico, es decir un comportamiento amparado por una causa de justificación no solo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica en las distintas ramas del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, etc.)³². Sin embargo, esta afirmación parte de una equivocada interpretación de la unidad de la antijuridicidad. Expliquemos este punto: en principio es correcto tomar como base la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, que presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, así cuando se considera una conducta como lícita en un ámbito del Derecho no puede considerársela como ilícita en otro. Pero este criterio “*nada impide que una acción considerada como lícita por una rama del derecho no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escandalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene*”³³.

El considerar que las causas de justificación no producen efectos generales no desvirtúa el principio de unidad del ordenamiento jurídico porque en realidad lo que sucede es que cada sector lo contempla desde ópticas y finalidades distintas. El hecho de que una causa de justificación no elimine todo efecto jurídico ulterior –ya sea una responsabilidad civil o una sanción administrativa- es porque pena, sanción y responsabilidad civil, tiene distinto fundamento. Ello explica el porque a pesar de ser el comportamiento justificado resta abierta la posibilidad de imponer una sanción administrativa (que tiene como fundamento la potestad de

³² Así BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 118. “La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido”. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352. “las causas de justificación impiden que al autor de un hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico”. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal. Introducción y parte general*, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 259. “Y siendo lo antijurídico uno solo, la acción es lícita para todo el ordenamiento legal. Por tanto, el acto no acarrea consecuencias penales de ninguna naturaleza, ni puede haber daño resarcible”. (cursivas del original). En la doctrina nacional BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 273. “Al actuar justificadamente no se impone ningún tipo de sanción –pena o medida de seguridad- ni reparación civil. Esto es lógico, porque se está actuando conforme a una autorización de parte del ordenamiento jurídico”.

³³ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 595. (cursivas del original).

sancionar de la Administración) o imponer una responsabilidad civil (que tiene como fundamento la compensación o resarcimiento del daño)³⁴.

Bajo tales consideraciones puede suceder que en determinados casos la justificación solo le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que implica dicha tolerancia. De este modo, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar su integridad física, esta situación no tendría que impedir que, luego de superada la situación de conflicto, el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos del daño generado al afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta típica no trae siempre como consecuencia la falta de un deber de reparar. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento³⁵.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

1. Concepto

La legítima defensa³⁶, cuyos antecedentes se remontan a las épocas más antiguas de la humanidad³⁷, se ha convertido en la causal de justificación

³⁴ LARRAURI, Elena. "Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, fasc. III; Madrid: Ministerio de Justicia, 1995, pp. 877-878.

³⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 478.

³⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 122. EL MISMO. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 359, num. 694. Prefiere denominarla como "defensa necesaria" al considerar que dicha expresión toma en cuenta que la defensa solo será legítima si es necesaria, y esto debe quedar claro ya en la propia designación. Sin embargo, por nuestra parte, consideramos que se debe preservar la expresión "legítima defensa", puesto que como sostienen ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 612. "A diferencia de la tradición legislativa germana –que se refiere a la defensa necesaria (*Notwehr*)-, la argentina (y la peruana, añadiríamos) se ha referido siempre a la defensa legítima, con lo que expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es jurídico (valorativo) y está dado por la racionalidad: *la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional*. Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es racional".

³⁷ Sobre su evolución véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Buenos Aires: Losada, 3ª edic., 1976, p. 27 y ss. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La legítima defensa*, San José:

de mayor trascendencia en la praxis judicial, lo que ha ocasionado también su mayor tratamiento en las exposiciones teóricas de los cursos de Derecho penal-parte general, asimismo es recepcionada por todas las legislaciones, incluso en nuestro país goza de consagración constitucional (artículo 2, inciso 23 de la Constitución Política)³⁸.

Existen varias definiciones de esta figura, sin embargo la mayoría de ellas se caracterizan por no alejarse de lo citado en el Código penal, por nuestra parte podemos conceptualizar a la legítima defensa como la conducta adecuada a derecho dirigida a proteger bienes jurídicos amenazados por una agresión ilícita. Esta noción es preferible a las que aluden a todos los elementos de la justificante que gozan de muy poca acogida pues las codificaciones se encargan de hacerlo.

La legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. Esta causa de justificación supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye una *actio dúplex*, en la medida que puede verse como una

Editorial Jurídica Continental, 2004, pp. 19 y ss.; ARMAZA GALDOS, Julio. *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Arequipa: Adrus, 2004, pp. 19 y ss.

³⁸ En contra de su previsión constitucional HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 523-524, num. 1360, cuando señala que: “De manera singular, pero incorrecta, se ha previsto, en la Constitución de 1993 (art. 2, inc. 23), el derecho a la legítima defensa como uno de los derechos fundamentales de la persona. Estos últimos son derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en particular mediante la carta fundamental. (...). El derecho a defenderse no debería, pues, ser elevado al nivel de los derechos humanos, porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos. De esta manera, se desnaturalizaría la legítima defensa y se abrirían las puertas a los excesos que se tratan, con razón, de evitar, mediante su regulación en el Código penal”. También REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Observaciones en torno a la legítima defensa como causal de justificación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 102, Lima: Gaceta Jurídica, 2007. Sin embargo la postura de este autor no es del todo clara, pues en un primer momento señala que: “*El derecho a la legítima defensa es evidentemente un derecho fundamental del individuo*, tal elemental y tan viejo como la propia condición humana y el instinto de supervivencia (...). Es un derecho reconocido por el Estado a los particulares, no una simple causal de exención de responsabilidad.” Para luego indicar que: “*La legítima defensa como derecho no debería ser elevado a la categoría de los derechos humanos* porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos.” (el resaltado es nuestro). Decimos que su posición no es clara, puesto que si se admite –como lo hace el autor citado– que la legítima defensa es un derecho fundamental, debe concluirse que se trata de un “derecho humano”, partiendo de la premisa que todo “derecho fundamental” es también un “derecho humano” positivizado dentro de un ordenamiento jurídico determinado, se refieren a una misma realidad ontológica, la única diferencia que se puede sostener se da solo en el plano formal, y que por lo tanto en nada afecta a su consustancial naturaleza, así con la expresión “derechos humanos” se hace alusión a los derechos de la persona reconocidos internacionalmente en los tratados o pactos, y con la expresión “derechos fundamentales”, se hace referencia a esos mismos derechos de la persona recogidos y vigentes en el ordenamiento nacional. Sobre esto, y especialmente sobre la identidad existente en el ordenamiento jurídico peruano de las expresiones “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, véase ampliamente CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los Derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 2ª edic.; Lima: Palestra, 2005, pp. 39 y ss.

afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes³⁹.

2. Naturaleza y fundamento

Si bien en otros tiempos se consideró que, la legítima defensa fundaba la impunidad en la afirmación de que "la necesidad no conoce ley", lo que no le hacía surtir otro efecto jurídico que la eliminación de la pena, y otros la consideraron simplemente como causa de inimputabilidad⁴⁰, hoy nadie niega prácticamente, que se trata de una causa de justificación es decir, que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico. Si bien esta naturaleza de causa de justificación está unánimemente aceptada, queda por ver cuál es su fundamento que, como anota Zaffaroni⁴¹, no resulta sencillo, particularmente si consideramos que de él se derivan consecuencias para su ámbito y condiciones.

Bastante se ha discutido sobre la esencia o fundamento de esta institución: simplificando demasiado, podemos señalar posturas que la basan en la perturbación del ánimo que llega a excluir la imputabilidad del autor (S. Pufendorf); inculpabilidad por conflicto de motivaciones (A. Uttelbach); la idea de la retribución (A. Geyer); el carácter parcialmente penal de la misma (H. Mayer). Otras que se basan en un derecho innato y tan antiguo como el hombre (A. Quintano Ripollés); la falta de protección estatal (A. Graf Zu Dohna); el impulso o instinto de conservación (J. F. Pacheco); el enfrentamiento de derecho e injusto, pues el derecho no debe ceder ante este último (A. Löffler, F. Oetker, R. Maurach). Incluso, se conocen teorías que la aglutinan al lado de las demás justificantes a partir de posturas como la de la colisión de intereses (P. Noll, L. Jiménez de Asúa); o la "del fin", para la que todas las causales se explican a partir del "principio de la adecuación del medio al fin" (A. Graf Zu Dohna, F. Von Liszt/E. Schmidt), etc.⁴².

En la actualidad generalmente es aceptada la idea de que el fundamento de la legítima defensa reside en que el derecho no está en la situación de

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 479.

⁴⁰ Sobre ello véase la exposición hecha por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona: J.M. Bosch, 1978, pp. 18 y ss.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, cit., p. 590.

⁴² Véase una exposición detallada de cada una de estas posturas en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pp. 18-92. EL MISMO. "El doble fundamento de la legítima defensa". En: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 3, Madrid, 1977, pp. 101 y ss. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., pp. 58 y ss.

soportar o ceder ante lo ilícito⁴³, del cual surge una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual (autodefensa) sino también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal (prevalcimiento o defensa del derecho)⁴⁴.

El primero es el aspecto individual de protección de los propios bienes jurídicos. En un sistema de libertades en el que se reconozca al individuo la facultad de organizar su vida como lo estime oportuno siempre que no entorpezca una correlativa facultad ajena, parece que ha de formar parte de tal autonomía personal la facultad de proteger la propia autonomía, de defender los propios bienes frente a las agresiones externas⁴⁵. En este caso, en principio la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es irrelevante. Solo importa la defensa contra la agresión antijurídica, y no el menoscabo que como consecuencia haya de soportar el agresor⁴⁶. De esto se desprende que al que es atacado antijurídicamente no se le exige que eluda la confrontación en determinados casos⁴⁷ (el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo⁴⁸). En tal sentido se sostiene que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho⁴⁹.

Este derecho individual de defensa debe ser matizado en, al menos, dos sentidos. Es el primero el de que tal defensa sólo parece coherente con un

⁴³ Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 91. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 461. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 123. EL MISMO. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 359, num. 695. DONNA, Edgardo. Ob. cit., pp. 130, 138-139. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 121. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

⁴⁴ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 608. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 428. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 121. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 123. EL MISMO. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 358, num. 694. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 130. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La legítima defensa*, cit, pp. 101-103. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197. VILA ESTEIN. Ob. cit., p. 347. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 673.

⁴⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 312.

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 460.

⁴⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

⁴⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 359, num. 695. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 460. ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., p. 45.

⁴⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 360, num. 695. Al respecto señala GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 623: "Se trata concretamente de una organización responsable del agresor que amenaza la esfera de organización del defensor (agresión ilegítima del artículo 20, inciso 3, literal a del Código penal). La competencia de esta incorrecta organización recae sobre el agresor, de manera que a éste se le imputa los deberes de tolerancia de la acción de defensa".

sistema de libertades cuando se produce frente a una extralimitación en el ejercicio de la libertad ajena. No parece legitimable como un acto de autonomía la conducta de quien lesiona al policía que registra su domicilio por orden judicial o la de quien embiste con su vehículo al vehículo que le precede y le impide circular más deprisa. El segundo matiz proviene de que la racionalidad colectiva ha conducido a que la defensa justa de los intereses colectivos e individuales se racionalice, especialice e institucionalice en el Estado. Una defensa de los legítimos bienes e intereses individuales y colectivos no puede recaer en cualquiera o en los titulares de los mismos si quiere ser objetiva, racional y proporcionada. Sólo cuando el Estado no esté, cuando no llegue a tiempo para defender al ciudadano, parece prudente apoderar al mismo para su justa autodefensa o para la justa defensa ajena⁵⁰.

Por el segundo aspecto, de índole supraindividual la legítima defensa está dirigida a la afirmación del Derecho, defensa de terceros y a la restricción de la legítima defensa cuando no está orientada a afirmar el Derecho. En tal línea la legítima defensa es legítima porque es también un acto de justicia: un acto de defensa del ordenamiento jurídico con efectos de prevención de nuevas rupturas del mismo. El sujeto que se opone y vence una conducta antijurídica ajena – quien lesiona para evitar la violación - está impidiendo que el Derecho ceda, que el agresor configure un mundo distinto y peor al que dibuja el Derecho – un mundo en el que caben las agresiones sexuales - . La impunidad de la conducta del que se defiende tiene a su vez un importante efecto preventivo de nuevas conductas agresivas, pues los potenciales agresores – el agresor sexual, el ladrón de joyerías, el matón de barrio – saben que se exponen a una defensa agresiva impune de sus víctimas o de terceros⁵¹. Incluso, este principio concede protección individual también en los casos en los que el mal repelido era menor al causado⁵². Por eso, el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del derecho en la sociedad.

Ahora bien, no hay que llevar al extremo el principio de confirmación del derecho, así disparar —por ejemplo— a una persona, porque se carece de otro medio para evitar que sustraiga una fruta del árbol, no puede estimarse un acto autorizado por el principio de que no hay que ceder ante un ataque ilícito. El adecuado equilibrio entre la defensa del ordenamiento jurídico y

⁵⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 312.

⁵¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 313.

⁵² Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 609. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

la protección marca el justo rol de esta institución⁵³. "El principio de autoprotección impone una necesaria sumisión de la reacción defensiva a una cierta proporción respecto al mal que se avecina, pero esa cierta dosis de proporcionalidad resulta compensada por el mayor margen de desproporción que permite el principio de defensa del derecho, puesto que éste confiere al defensor una especie de poder supraindividual: al ejercer la legítima defensa no sólo defiende sus bienes o los de otro, sino también el ordenamiento jurídico; esto hace que el balance del interés jurídico se incline a su favor, incluso si lesiona un bien más valorable del que estaba puesto en peligro por el agresor"⁵⁴.

Entonces estos dos principios deben interactuar conjuntamente pues las diferentes necesidades del prevalecimiento del derecho influyen de distintas formas en la configuración de las facultades de protección. Creemos que no es posible tomar a uno solo de estos principios, pues elimina el equilibrio y limitación entre ellos⁵⁵.

Conforme a lo afirmado en las líneas precedentes se puede sostener que los hechos típicos cometidos en legítima defensa no son penalmente ilícitos porque son actos de defensa y porque son actos de justicia. Un ordenamiento que no justificara en ciertos casos los daños irrogados en legítima defensa sería un ordenamiento peor en al menos dos sentidos: situaría a la víctima de una inminente agresión en la insoportable disyuntiva de padecerla o de padecer una pena por repelerla; situaría a los potenciales agresores en la muy ventajosa situación de poder dañar los bienes ajenos sin el riesgo de una probable defensa agresiva de su titular o de terceros⁵⁶.

Como señala Velásquez Velásquez: "Confluyen, pues, en la legítima defensa una tendencia de carácter social y otra individual, lo que es en el fondo reflejo de una concepción política del Estado que persigue la armonía entre los intereses colectivos y los particulares, bajo el imperio de la democracia participativa en una sociedad pluralista"⁵⁷.

IV. REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

⁵³ GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128.

⁵⁴ Gómez Benítez citado por GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128.

⁵⁵ Del mismo parecer ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 609. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 127. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 122. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 536, num. 1198.

⁵⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 313.

⁵⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 5.

De las consideraciones efectuadas al momento de referirnos a las causas de justificación en general, podemos afirmar que la legítima defensa se configura por la presencia de dos grupos de elementos: objetivos y subjetivos. Los primeros son la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. En este punto no consideramos que la agresión ilegítima merezca el mismo tratamiento que la necesidad racional del medio empleado o que la falta de provocación suficiente, ya que el primero de los elementos objetivos nombrados es aquel que va a habilitar el escenario en el cual se ejercerá la legítima defensa, de ahí que sea más apropiado denominarlo “presupuesto”: mientras que el segundo y el tercero son elementos que van a determinar el ejercicio mismo de la defensa (una vez que la posibilidad de ejercerla ha sido habilitada), motivo por el cual es preferible denominarlos requisitos⁵⁸. En lo atinente al elemento subjetivo se considerará la exigencia de conocimiento de la situación de justificación.

La Constitución Política reconoce el Derecho de toda persona a la legítima defensa (artículo 2, inciso 23), pero es el Código penal quien se encarga de hacer una previsión pormenorizada de los elementos que deben concurrir para que una conducta pueda ser amparada por esta causa de justificación, así en su artículo 20, inciso 3 regula a la legítima defensa de la siguiente manera:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

(...)

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

Si se ha sostenido que la legítima defensa es una causa de justificación, entonces –como pone de manifiesto Revilla Llaza⁵⁹- la “exención de la

⁵⁸ Del mismo parecer YON RUESTA, Roger/TORRES COX, Daniel. “Legítima defensa y acciones disvaliosas”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 172, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

⁵⁹ REVILLA LLAZA, Percy. “Derecho a la legítima defensa”. En: *La Constitución comentada*, T. I, 1ª edic., 1ª reimp., Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 217.

responsabilidad penal” a que hace referencia este precepto penal, debe entenderse como la “exclusión de la antijuricidad de la conducta” de quien obra amparado en ella.

Por otro lado, la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa tienen que ser concurrentes según la normativa penal peruana.

V. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. Agresión ilegítima

1.1. Agresión

La agresión consiste en un comportamiento humano que pone en peligro o lesiona un legítimo interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico (bien jurídico del autor de la legítima defensa o de un tercero)⁶⁰. O, lo que viene a ser lo mismo, todo aquel comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena. Y, en particular, para los intereses legítimos adscritos a una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo⁶¹.

Del concepto esbozado se desprende que no califica como agresión el ataque de animales, por lo que ante una situación de esta naturaleza no se puede hacer frente mediante la legítima defensa, sino conforme a un estado de necesidad⁶². Sin embargo, la situación es distinta cuando un hombre se sirve de un animal para una agresión, azuzando v. gr. a un perro contra otra

⁶⁰ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 458. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 461. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 6. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 360, num. 696. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 215. FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 283. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. “Las agresiones extrapenales en la legítima defensa”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001, p. 650. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 537, num. 1200. CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho penal. Parte especial I*, Lima: Grijley, 2008, p. 180. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 480. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 525, num. 1367. ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., pp. 51-52.

⁶¹ CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 674.

⁶² Cfr. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino I*, actualizado por Guillermo Fierro, 5ª edic., 10ª reimp., Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, , 1992, pp. 447-448. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 144. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 91. CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p. 263. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 216. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 180-181. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 652. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 538, num. 1201. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 525, num. 1367.

persona; en tal caso el perro es sólo el instrumento del hombre agresor, y matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos⁶³. En este supuesto no es que se considere agresión los movimientos del animal, sino que, al ser un medio del que se vale el agresor, puede ser lesionado, si no hay otra manera de evitar el ataque a un bien jurídico importante⁶⁴, y es que la acción de defensa puede recaer sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve.

Tampoco hay legítima defensa en los supuestos en los que se hecha de menos un comportamiento humano, v. gr. fuerza física, sonambulismo, convulsión epiléptica, sueño, desmayo, etc., estos casos se deben solucionar dentro del estado de necesidad.

La doctrina penal, que podríamos llamar dominante, le niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos⁶⁵, sin embargo -como explica García Caveró-⁶⁶, un sector de la doctrina asume que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los actos de defensa pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario.

Por otro lado la agresión debe entenderse no solo como una conducta que implique violencia o fuerza, sino cualquier comportamiento que amenace afectar un interés jurídicamente protegido. El término agresión se debe entender no en sentido natural, sino normativo social. De modo que con este criterio quedan incluidos dentro de “agresión” tanto la comisión como

⁶³ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611.

⁶⁴ En este sentido ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., p. 52.

⁶⁵ Así, véase por todos, ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611: “Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas, porque las mismas no pueden actuar en el sentido del derecho penal y no son asequibles a la eficacia preventivo general y del prevalecimiento del Derecho. Por tanto no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero en cambio, por supuesto que sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (p.ej. funcionarios o policías), cuando actúen antijurídicamente”.

⁶⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 626. BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*, Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 106 y ss. admite la legítima defensa entre personas jurídicas: “La agresión parte — como se estudia en todos los manuales— de un ser humano, pero bien puede suceder que la actividad de ataque sea decidida por una persona jurídica, verbigracia, un acto de contaminación realizado en una zona marítima que se encuentra al cuidado de otra empresa, encargada de la depuración de las aguas; la calidad de persona jurídica del agresor no modifica el diseño pues, como se ha visto, la acción institucional funciona de modo equivalente a la acción humana; si aceptamos la equiparación, el primer requisito de la defensa necesaria, a no dudarlo, está presente; claro que estos ejemplos son excepcionales y que pueden resolverse a través del estado de necesidad —al igual que en los casos en que el ataque se origina en un animal o un hecho de la naturaleza— si mantenemos en forma estricta la exigencia de que el ataque provenga de un ser humano. Pero aceptada la entidad cualitativamente diferente de la acción institucional, no vemos obstáculo alguno en que la persona jurídica puede ser agresora”.

la omisión, y dentro de esta tanto la propia como la impropia⁶⁷, de modo que debe catalogarse también como agresión a los efectos de la legítima defensa la conducta del garante que no interrumpe el curso de riesgo que está emplazado a controlar. Por ejemplo si una madre no da de comer a su hijo por un tiempo prolongado obrará en legítima defensa quien la obligue a alimentarlo mediante violencia o grave amenaza. Asimismo, si se contrata a un guía de montaña, y éste trata de irse del lugar, dejando librados a los alpinistas a su suerte, con serio peligro para sus vidas, éstos podrán actuar para evitar el alejamiento, con lo cual, como mínimo, la conducta de quienes se defienden será de privación de libertad.

Asimismo, si bien algunos autores consideran que la omisión propia no puede calificar como agresión y por tanto ante una situación así no podría haber legítima defensa⁶⁸, el sentido normativo social en que debe ser entendida la expresión “agresión” permite afirmar que una omisión propia si puede revestir las características de una agresión, además de ello, como explica Hurtado Pozo⁶⁹: “Las dudas respecto a la omisión propia no se justifican cuando la ley, mediante los diversos elementos del tipo legal, impone el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, en el caso del conductor de un automóvil que no auxilia al peatón que ha atropellado y que está grave e inminente peligro de muerte (art. 126), se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. Según nuestro derecho, la respuesta debe ser afirmativa, pues la omisión propia representa la violación de un deber sancionado jurídicamente.” Sin embargo se debe tener en cuenta – como indica el mismo autor- el tipo legal específico. Así, en relación con el previsto en el art. 159, el inquilino que permanece en el bien inmueble al vencimiento del contrato de alquiler no comete violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación del bien⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 467. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 145. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 297. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 360, num. 696. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 7. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 123-124. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 367. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 182. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 538, num. 1203. PÉREZ LÓPEZ, Jorge/SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. “Presupuestos de la legítima defensa en el Código penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 14, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 48. En contra GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130, quien no acepta que una omisión pueda dar lugar a una legítima defensa.

⁶⁸ Consideran que solo la comisión por omisión puede fundar una legítima defensa y no una omisión propia: ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 614. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 122.

⁶⁹ HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 526, num. 1368.

⁷⁰ HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 526, num. 1368.

Tampoco puede admitirse legítima defensa contra quien actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito⁷¹: v. gr. a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera; un vehículo comienza a desplazarse solo por una pendiente y obliga a quien está a su paso a saltar bruscamente y golpear a otro; etc. Todos estos casos podrán dar lugar a conductas defensivas por parte de quienes ven amenazadas sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante, según las circunstancias.

A nuestro entender la agresión ilegítima puede ser dolosa o imprudente⁷², pues la ley no exige una forma de ilícito especial o calificado, procediendo en ambos casos la legítima defensa.

No hay agresión ilegítima en los casos de tentativa inidónea o tentativa irreal⁷³ porque no pone en peligro el bien jurídico. Así, quien sabe que el aparente agresor va a disparar; no contra un enfermo en la unidad de cuidados intensivos de un hospital, sino contra un cadáver; pues tal enfermo acaba de fallecer; no puede a su vez abatir al primero de un disparo. Sin embargo, debe diferenciarse escrupulosamente los supuestos en los que, por ejemplo, desde una perspectiva *ex ante* un observador objetivo no puede advertir que el peligro que se cierne sobre sus bienes o los de un tercero es inexistente o mínimo; de tal modo que para él hay un peligro inminente, v. gr. robo o secuestro con revólver descargado. Aquí habrá la acción legítima defensa⁷⁴.

1.2. Ilegitimidad de la agresión

⁷¹ Véase ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 620. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

⁷² Cfr. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 145. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 612. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 123. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 539, num. 1204. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 182. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 316. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 653. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 123. Quienes señalan “Una defensa, tanto desde el punto de vista del principio de protección como del de mantenimiento del orden jurídico, ha de poder ejercerse tanto si es dolosa como si es imprudente. En ambos casos, se pone en peligro un bien jurídico, que es los fundamental para definir el concepto de agresión”. En contra: GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, cit., p. 597. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 619-620. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., p. 179. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 178.

⁷³ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 612. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 316. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 652.

⁷⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

La ilegitimidad de la agresión, entendida como antijurídica o ilícita⁷⁵ se determina por cualquier sector del ordenamiento jurídico, v. gr. civil, administrativo, laboral, etc. El comportamiento agresivo por más peligroso o lesivo que resulte para los bienes jurídicos, no fundamenta la legítima defensa si es que no es antijurídico. Por lo que no procederá actuar en legítima defensa frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación, en tal sentido no habrá legítima defensa contra legítima defensa (el ladrón que es repelido por el dueño para evitar que huya con las cosas que sustrae, no puede invocar legítima defensa cuando a su vez repele a aquél) estado de necesidad justificante, etc.; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse.

Lo dicho conlleva la imposibilidad de que se configure la legítima defensa en los casos de riña recíproca⁷⁶, toda vez que los participantes consienten los posibles daños a su salud y se atacan mutuamente y desproporcionadamente; de modo que no hay legítima defensa en el caso del que está llevando la peor parte y toma un cuchillo y mata al contendor más fuerte o más hábil. La regla reseñada tiene sus excepciones: si uno de los alborotadores manifiesta en forma reconocible su voluntad de concluir la lucha, y es atacado por el otro, la persona interviene para separar, asimismo, puede invocar esta causal quien se ve sometido a una riña imprevista, esto es, no buscada por él, inesperada o fortuita.

El carácter ilícito está dado porque el actuar del agresor como el riesgo creado respecto del bien jurídico no son valiosos. Resulta, entonces indispensable que, además del posible resultado, la acción sea contraria al ordenamiento jurídico. Aquí podemos mencionar el ejemplo propuesto por la doctrina⁷⁷ del peatón imprudente que crea el riesgo de ser atropellado (resultado negativo) por un conductor respetuoso de las reglas de tránsito (acción lícita), no puede alegar la legítima defensa si salva su integridad corporal dañando al conductor del vehículo. Sin embargo podría alegar haber obrado en estado de necesidad, ya que tampoco está obligado a dejarse atropellar (situación de peligro).

⁷⁵ Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 527, num. 1371. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 658. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 368. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., pp. 10-11. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 620.

⁷⁶ Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 463. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 615. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 433.

⁷⁷ Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 615. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 527-528, num. 1372.

La agresión debe infringir normas jurídicas generales y no meros actos jurídicos de naturaleza privada⁷⁸, en tal sentido no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el ordenamiento jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor que no paga, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y aleando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso. Ambos deber recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos⁷⁹.

En la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana antijurídica. No se requiere que dicha conducta se subsuma dentro de un tipo penal, en tanto la legítima defensa actúa contra cualquier interés jurídicamente protegido. Al respecto Villavicencio Terreros asevera que: “Esta es una solución político-criminal preferible, pues, por ejemplo: sería insatisfactorio negarla frente a un hurto, aunque solo constituya falta o, frente a quien desea perjudicar a otro agrediendo derechos reconocidos por la ley civil o la ley laboral. Es cierto que en estas agresiones menos graves o de “bagatela”, los límites de la legítima defensa deben ser más estrictos de manera que, por ejemplo, agresiones de la vida social consideradas socialmente tolerables o que constituyan riesgos permitidos quedan excluidas de la legítima defensa”⁸⁰.

Tampoco es necesario que dicha conducta antijurídica se encuadre dentro de la culpabilidad. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no solo cuando se trate de un comportamiento culpable. Como refiere Hurtado Pozo⁸¹: “también los comportamientos no culpables perturban el orden jurídico y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el descartar esta perturbación”. En esta perspectiva puede haber legítima defensa contra agresiones de inimputables, aunque teniendo en cuenta el requisito de la racionalidad⁸², así pues el agredido consiente de la circunstancia debe actuar con una mayor medida⁸³.

⁷⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

⁷⁹ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p.528, num. 1373.

⁸⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 540, num. 1207.

⁸¹ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p.528-529, num. 1374.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 615.

⁸³ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p.528-529, num. 1374.

Este parecer es compartido por Roxin⁸⁴, cuando manifiesta que: “En efecto, es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor que de lo contrario; y, por eso una defensa en tales casos, (...) no está requerida en la misma medida que en los otros y ha de procurar tener mayores consideraciones. Pero el prevalecimiento del Derecho no se queda sin objeto: la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad; y debe dejar claro quién está del lado del Derecho y quién en el del injusto. Si una persona es agredida por unos adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivo generales reconocer su defensa como legítima defensa; el agredido no puede saber si posteriormente en el proceso penal se les reconocerá o no a los jóvenes la madurez moral y espiritual precisa para su responsabilidad, y por tanto eso a der indiferente para su derecho de legítima defensa”.

Por otro lado no procede la legítima defensa, por no existir agresión antijurídica, de quien se puso en una condición tal que a su propia conducta se debe el hallarse en peligro. Así -como indica Jakobs⁸⁵- que quien se arroja a un vehículo en marcha no es atacado por su conductor, o quien se esconde en la biblioteca a la hora de cerrar no es atacado por el conserje que lo deja encerrado; puesto que en estos casos es la propia víctima potencial la que ha convertido en peligroso el curso causal no peligroso, de modo que debe soportar el gravamen de la solución del conflicto.

1.3. La actualidad de la agresión

Se considera que una agresión es actual cuando esta se está desarrollando, o cuando existe por parte del agresor una decisión irrevocable de dar comienzo a aquella (inminencia de la agresión)⁸⁶, esto se desprende tácitamente del texto legal cuando autoriza la legítima defensa para *impedir* o *repeler* el ataque. La conducta defensiva realizada una vez consumada la agresión, ya no cabe concebirla como legítima defensa sino como mera venganza retributiva.

Al estimarse suficiente la inminencia de la agresión, esto es, que haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera

⁸⁴ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 617.

⁸⁵ JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 463.

⁸⁶ Como ha señalado con claridad LAFFITE, Fernando. Ob. cit., p. 84: “La agresión puede revestir dos formas, una de ellas es el ataque que se está perpetrando en ese momento y del que es preciso defenderse a través de un contra-ataque instantáneo. La otra referida a un acontecimiento que está por materializarse de un momento a otro, es decir, en forma inminente y del que se puede defender tratando de evitar que se produzca”.

frustre las posibilidades de una defensa, no es necesario que haya tentativa. Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse⁸⁷, existe una agresión inminente desde que se está ante los actos preparatorios próximos a la tentativa⁸⁸ o los actos que se encuentren vinculados directamente con ella, pero que no es propiamente una tentativa. En este sentido Hurtado Pozo refiere que: “La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio”⁸⁹.

En tal perspectiva procede la legítima defensa contra el agresor que coge el arma para disparar inmediatamente, o bien es posible interrumpirla, o acaba de tener lugar de un modo reversible (cuando el ladrón trata de huir con el botín). Así pues, el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe⁹⁰, ni renunciar a arrebatar el botín del agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien. Cuando continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico, todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial⁹¹.

Conforme a lo dicho será actual la agresión que aún perdura, es decir la que ha dado comienzo, pero que todavía no ha terminado, entonces puede suceder que la infracción se haya consumado pero la agresión no se ha agotado, pues aun persiste el peligro⁹² o la afección para el bien jurídico, por lo que el agredido puede actuar en legítima defensa. Por ejemplo en el delito de secuestro la víctima puede defenderse mientras dure el estado de privación de la libertad. Igualmente la violación de domicilio se consuma con la perpetración o permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste, hasta que agente se retire.

⁸⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 124.

⁸⁸ Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 619.

⁸⁹ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 529, num. 1375.

⁹⁰ En esta perspectiva DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 148, señala que: “...el agredido no debe esperar a ser atacado para defenderse, por lo que lo decisivo es el comienzo inmediato de la agresión, que puede abarcar la última etapa de la preparación, situación esta permitida por la ley al aceptar la defensa, tanto para impedirlo como para repelerlo”. Véase también GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 131.

⁹¹ JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 468-469.

⁹² Como afirma SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 448: “La agresión ilegítima puede o no consistir en un acto súbito e instantáneo, y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsiste el peligro”

Bajo este razonamiento la acción de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos⁹³. Defiende pues legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla causalmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger derechos y bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando a pesar de haber afectado ya bienes jurídicos, una acción contraria puede aun neutralizar en todo o en parte los efectos de la conducta lesiva⁹⁴.

Por otro lado la mera intención de atacar o agredir expresada verbalmente, pero que no lleva a realizar actos próximos que configuren una inminente agresión, no da lugar a una legítima defensa. Lo mismo ocurre cuando solo se planea, se prepara la agresión⁹⁵ o cuando no se ha puesto en práctica ni se ha manifestado la voluntad de lesionar⁹⁶. Así resultaría prematura, por falta de actualidad de la agresión, la defensa del sujeto que, tras acudir al domicilio del sujeto que le había anunciado que al día siguiente le pegaría una paliza, lo mata a este de un disparo.

Cuando la agresión ya se encuentra terminada y no prosigue (es decir, está agotada), y por lo tanto el peligro para el bien jurídico ha cesado, se pierde la posibilidad de la legítima defensa en la medida que la agresión ya no es actual ni inminente. Esto es lo que sucede con quien responde al insulto con una bofetada, o con la víctima de violación que dispara y mata al violador cuando que esta huyendo tras la consumación de su delito. “Cuestión distinta en estos casos es la de que, no que la conducta del que reacciona sea justa (jurídica), sino la de que siendo antijurídica pueda disculparse en todo o en parte por la agresión o la provocación previa”⁹⁷.

1.4. Realidad de la agresión

Es necesario mencionar que debe tratarse de una agresión que tenga existencia en el mundo objetivo, porque se dan casos en que el ataque al Derecho no se presente realmente, pero el sujeto actúa en la creencia

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, cit., p. 603.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 623.

⁹⁵ Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 619.

⁹⁶ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 187.

⁹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 318.

errónea de que si existe dicha agresión, con lo que se podrá hablar de una agresión aparente, que llevará a la consideración de que en tal caso se produce una defensa putativa.

Ahora bien, en estos casos al faltar la agresión, que es el presupuesto que da cabida a los demás requisitos de la legítima defensa (necesidad e ilegitimidad de la agresión) no pueden ser tratados conforme al artículo 21 del Código penal (es decir como si fuera una legítima defensa incompleta) sino que se resolverá conforme a la teoría del error en el Derecho penal.

Entonces la pregunta a formularse será ¿Se tratará de un error de tipo o de un error de prohibición?. La respuesta no es sencilla, pues la doctrina se halla totalmente dividida al respecto. Sin embargo, por nuestra parte, creemos se debe tratarse conforme al error de tipo. Expliquemos esto: aquí se produce un error, al igual que en el error de tipo, sobre los hechos (el autor percibe una agresión que en realidad es inexistente). El autor no yerra primariamente en cuanto a la prohibición, sino no ve la realidad correctamente. Se puede hablar de un "error de tipo permisivo" porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de "tipo delictivo", sí lo hace en cuanto al "tipo" de una proposición permisiva – en este caso de la legítima defensa. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo. En ambos casos, el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyentes del dolo.

Además de ello también debe considerarse como excluyente del dolo la suposición errónea de circunstancias justificantes porque las representaciones del autor sobre lo justo y lo injusto, en tal caso, son plenamente conformes a derecho. Lo que se puede reprochar al autor, en todo caso, es una falta de atención, un desconocimiento de los hechos. Pero éste es un típico reproche de imprudencia⁹⁸.

1.5. Bienes jurídicos defendibles

⁹⁸ Véase ampliamente ROXIN, Claus. "Acerca del error en el Derecho penal", en: ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*, Trad. de Manuel Abanto Vásquez, Lima: Ara Editores, 2004, pp. 142 y ss.

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles es unánime el parecer doctrinal de aceptar que la legítima defensa opera contra ataques a bienes jurídicos individuales. El punto de discusión se centra actualmente en admitir o no la legitimidad de la defensa contra ataques a bienes jurídicos colectivos. Al respecto es aun mayoritaria las voces que no admiten una legítima defensa en estos casos⁹⁹; sin embargo, en nuestra opinión, no existen razón de fondo para negar la legítima defensa en estos supuestos pues en el caso de agresiones a bienes colectivos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas por la agresión pueda oponer una legítima defensa que impida la prosecución del delito¹⁰⁰. Por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa para evitar o repeler la comisión del delito de cárteles de licitación del artículo 241 del Código Penal cuando se intente alejar de la licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenaza, o en el caso que se ejerza la defensa del correcto funcionamiento de la administración pública cuando se intenta alejar mediante violencia o amenaza a un funcionario público del ejercicio de sus labores públicas.

En el caso de bienes jurídicos del Estado, consideramos que el particular podría hacer ejercicio de la legítima defensa a favor de los intereses del Estado, en la medida que el artículo 20, inciso 3 del Código penal, dispone la que la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros.

⁹⁹ Criticando esta posición doctrinaria ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 617-618, sostienen que: “Incluso se sostiene que los bienes de la comunidad tampoco son susceptibles de defensa, aduciendo que admitir lo contrario otorgaría al ciudadano el poder de policía, afectando el monopolio de la violencia legítima del estado. Se trata de una tendencia contradictoria: mientras se multiplican los tipos penales que afirman tutelar bienes jurídicos colectivos, esas conductas típicas no se consideran agresiones ilegítimas a los efectos del ejercicio del derecho de defensa, cuando el estado no puede hacerlo eficazmente. (...) es bastante claro que esta tendencia pretende excluir de la legítima defensa todos los derechos humanos llamados de segunda y tercera generación: éstos serían meras declaraciones, que el estado puede no respetar, sin que el ciudadano pueda oponerle ninguna resistencia a su lesión; es decir, serían manifestaciones de buena voluntad de los estados escritas en sus constituciones y en los tratados internacionales. *Desde el punto de vista de un derecho penal liberal y reductor, no se concibe que haya ningún bien jurídico radicalmente excluido de toda forma de defensa legítima, pues en tal caso no sería un bien jurídico*”.

¹⁰⁰ Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 481. También BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 280-281, quien propone el siguiente ejemplo: “Podría darse una situación en la cual “A” esté vertiendo residuos tóxicos en un río contaminando así la flora y la fauna, al ver esto “B” decide intervenir, por lo que le da un golpe dejándolo inconsciente e impidiendo que siga contaminando. Al despertar “A” denuncia a “B” por lesiones graves, ¿Podría alegar “B” que actuó en legítima defensa?. Si examinamos el Código Penal, éste establece como presupuesto para la legítima defensa la actuación a favor de uno mismo y de terceros, en este caso se defiende tanto a él como a terceros porque el bien jurídico medioambiente pertenece a todos. Entre los requisitos objetivos se requiere: una agresión ilegítima, la cual viene constituida por el actuar contaminante de “A”; necesidad racional del medio empleado para impedirlo, si “A” no se detuvo frente a la interpelación de “B”, el darle un golpe para impedir que siga contaminando el medio ambiente puede ser calificado como racional; falta de provocación, obviamente en el caso no existe provocación porque “B” en ningún momento insto a “A” a que lo agrede a él o al medio ambiente”.

Ahora bien, sobre la defensa de bienes jurídicos de terceros, una persona puede actuar en legítima defensa de intereses ajenos sin que sea necesario algún tipo de vinculación especial entre el agredido y quien ejerce la legítima defensa a su favor. Así pues el tercero que está siendo agredido puede ser un pariente, un conocido, o un extraño, ya sea una persona natural o jurídica, un menor de edad, un trastornado mental, el concebido, etc.

Cierto sector doctrinal exige que en los casos de legítima defensa de terceros (legítima defensa impropia) se cuente con el consentimiento del agredido. En nuestra opinión, esta exigencia resultaría solamente procedente si se trata de bienes jurídicos disponibles, pues en el caso de bienes jurídicos indisponibles la legítima defensa de terceros estará siempre justificada¹⁰¹.

Cabe agregar que, para que pueda predicarse la legítima defensa la repulsa se debe ejercer en relación con los bienes del atacante, no así sobre los bienes de terceros que no han tomado parte en la agresión; en tal caso podría tener cabida un posible estado de necesidad¹⁰², por ejemplo, quien toma un jarrón muy valioso para golpear a una persona que intenta agredirlo, actúa en legítima defensa con respecto del agresor, pero no así con respecto del propietario del jarrón (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad), lo mismo cabe decir si el agresor utiliza bienes pertenecientes a un tercero ajeno (el atacante utiliza el vehículo de un tercero para consumar su agresión), o de uso público (arranca una varilla de una cabina telefónica)¹⁰³. Asimismo, se puede intervenir para defenderse lesionando cualquier bien perteneciente al agresor y no solo aquellos utilizados por él para llevar a cabo el ataque, siempre y cuando ello sea idóneo para impedir o repeler el ataque, “pues las cosas del agresor pertenecen a su esfera y por eso es adecuado que el mismo tenga que sacrificarlas dentro de lo que sea necesario para la defensa”¹⁰⁴.

2. Necesidad y racionalidad de la defensa

El segundo elemento objetivo de la legítima defensa se haya recogido en el párrafo b), del inc. 3 del art. 20º de nuestro Código penal, en los siguientes

¹⁰¹ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 481. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 662.

¹⁰² Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 664 y ss. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 534, num. 1388.

¹⁰³ Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 17.

¹⁰⁴ Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 666-667.

términos: “Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. (...)” (a la agresión ilegítima se entiende). Redacción que -a decir de Hurtado Pozo¹⁰⁵- resulta “defectuosa” pues puede hacer pensar que esté sólo relacionado con el medio empleado, cuando en realidad se refiere a la defensa contra la agresión ilícita, es decir a toda forma de comportamiento al que incurre quien se defiende y no solo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor¹⁰⁶. “El vocablo “medio” -sostiene correctamente Hurtado Pozo- debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (en este caso, la protección del bien jurídico). Se puede afirmar, pues, que el medio constituye, según el texto legal, el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa”¹⁰⁷.

Esta conducta defensiva puede ser una defensa pasiva o de protección pura, v. gr., parar un golpe con fractura de la mano al agresor; o puede tratarse de una defensa ofensiva o de contraataque, v. gr. se dispara contra quien acomete agresivamente¹⁰⁸. Ambas formas de defensa pueden coincidir en el caso concreto, por ejemplo: cuando el agresor se arroja sobre la víctima, ésta le presenta un cuchillo, legítima defensa de protección, en tanto que se trata de una defensa mediante la amenaza de herir; defensa ofensiva, en tanto que se pretende actuar repeliendo la lesión actual¹⁰⁹.

2.1. Necesidad de la defensa

Necesaria es la defensa idónea y no excesiva para evitar o neutralizar la agresión; es decir de las varias clases de defensa elegibles, debe optarse por aquella eficaz para acabar con el peligro y que cause el menor daño al agresor¹¹⁰ y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Por lo tanto la conducta concreta desplegada no podrá considerarse necesaria cuando el agredido, o quien defiende a este, podía disponer de otra conducta menos lesiva, y le era exigible la realización esa conducta (por no

¹⁰⁵ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 533, num. 1387.

¹⁰⁶ En la misma línea BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., pp. 128-129, sostienen que: “El requisito debe entenderse en un doble sentido que no solo limita el medio sino la defensa misma. Este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar, la necesidad racional del medio”.

¹⁰⁷ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 534, num. 1387.

¹⁰⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 190.

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 472.

¹¹⁰ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 628-629. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 125. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 472, quien se refiere a la pérdida mínima para el agresor. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 369-, nums. 715-716. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 534-535, num. 1390. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682.

representar un riesgo para él –ni para el agredido cuando se trate de un tercero defensor) en lugar de la conducta típica en cuestión.

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente: si alguien me agrede físicamente y, yo en pago le rajo los neumáticos de su automóvil, ello no estará amparado por la legítima defensa, pues la conducta que realice no es la idónea. Asimismo si la persona puede neutralizar el peligro reduciendo a su agresor o amenazándolo con un arma, no debe optar por acuchillar o disparar directamente el arma de fuego; o si para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho el agredido lo golpea fracturándole varios huesos, cuando solo bastaba para repeler el ataque el haberle dado un empujón. En estos dos últimos casos, tampoco se puede hablar de legítima defensa, pues la conducta efectivamente realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión, en la medida que podía optarse por otra medida igualmente eficaz para conjurar el peligro pero menos lesiva para el agresor.

Ahora bien, este principio de la menor lesividad para el agresor debe armonizarse con la necesidad de que llegado el caso, la defensa será segura y podrá neutralizar oportunamente el peligro que se cierne contra el bien jurídico. En tal sentido, si el uso del medio menos lesivo no genera un éxito adecuado de la defensa, puede optarse por el medio más seguro e idóneo, capaz de sofocar el riesgo contra el bien jurídico, pese a que sea un medio más dañino¹¹¹. Podemos considerar el siguiente caso: “A” es agredido ilegítimamente por “B”, quien tiene en sus manos un cuchillo, que pretende incrustarle a “A”; circunstancialmente, a algunos metros de distancia, aparece “C”, quien al ver la agresión, saca su arma de fuego y advierte a “B” que se detenga, si “B” no hace caso a la advertencia y se abalanza contra “A”, entonces “C” podrá dispararle directamente, aunque no haya hecho algún disparo al aire, pues en ese momento, el disparo al aire hubiera sido inútil para proteger la integridad de “A”. En otro caso: quien es agredido por tres hombres que dicen que “va a correr sangre” también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia, efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia¹¹².

Si bien en la defensa con armas de fuego la regla es que debe realizarse una advertencia al agresor acerca de la posibilidad de uso del arma –la que puede ser verbal, concluyente, v. gr. se le muestra el arma- no siempre es necesario que se efectúe disparos de advertencia o que se alcance las

¹¹¹ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 191-192.

¹¹² Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 628-629.

extremidades del agresor para inmovilizarlo¹¹³, antes de disparar a una zona vital, si es que con ello no se neutraliza de manera segura la agresión¹¹⁴.

La necesidad de la defensa debe ser valorada desde una perspectiva objetiva *ex ante*¹¹⁵, tal como hubiera ponderado las circunstancias un espectador objetivo colocado en la situación del agredido. “Debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía el agredido, así como su estado de ánimo”¹¹⁶. No es de recibo partir de una consideración subjetiva del agente, ni de la posición fría, absolutamente reflexiva y analítica de una persona, pues en una situación de agresión ilegítima, la persona normalmente actúa con agitación de ánimo y turbado emocionalmente¹¹⁷.

Así, ejemplificando lo dicho en el párrafo anterior: si el sujeto “Z” entra con un arma de fuego descargada a robar en la farmacia de “B” y, este que también posee un arma de fuego le dispara a “Z”, ocasionándole la muerte, creemos que “B” estaría amparado por la legítima defensa pues su conducta constituiría una defensa necesaria contra la agresión en su contra, pues la situación descrita valorada objetivamente *ex ante* por un tercero llegaría a la conclusión de que la pistola estaba cargada, y el defensor no tenía porque correr riesgo alguno, aunque *ex post* se haya descubierto que el arma de “Z” estaba descargada.

“Esta interpretación del elemento de la necesidad- afirma Roxin¹¹⁸- conduce al resultado políticocriminalmente deseable de que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor y por tanto no cambian para nada la necesidad”.

¹¹³ Señala CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 209, nota 742, que solo al personal profesional, con preparación, con experiencia o altamente calificado en el manejo de armas se le puede exigir –incluso con matices y limitaciones obvias- el realizar una maniobra de inmovilización como la planteada.

¹¹⁴ Véase CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 201.

¹¹⁵ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 631. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 125. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 436. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 370. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 320. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 129. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, T. III, cit., p. 614. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 616. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 535, num. 1392. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682.

¹¹⁶ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general II-Teoría jurídica del delito*, 6ª edic., Madrid: Tecnos, 2004, p. 234.

¹¹⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 191-192.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

Por otro lado, dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, la necesidad de defensa no se ve diluida si es que el agredido puede huir o esquivar el ataque, siendo indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una “huida deshonorosa” o como un ceder inteligente¹¹⁹. Por ello, quien pese a poder escapar enfrenta a sus agresores, obra amparado por la legítima defensa. Como señala Roxin: “Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del preavalecimiento del Derecho y del orden legal pacífico”¹²⁰. El aceptar la fuga sería tolerar una segunda agresión antijurídica que afecta esta vez a la libertad de movimiento y la dignidad de la persona, lo cual implica un socavamiento de la autoridad del derecho.

Debemos anotar también, que la doctrina distingue entre necesidad abstracta (existencia de una agresión ilegítima que ponga en peligro a bienes jurídicos propios o ajenos) y necesidad concreta de defensa (necesidad del medio concretamente utilizado). Si falta en abstracto la necesidad de defenderse no es posible estimar ni legítima defensa ni una eximente incompleta (art. 21 del Código penal) al faltar un elemento esencial de la eximente. En cambio si falta la necesidad concreta (v. gr., el medio de defensa es excesivo) puede apreciarse la legítima defensa incompleta.

2.2. Racionalidad de la defensa necesaria.

Una defensa puede ser necesaria, pero no siempre será racional; cuando no lo sea no podremos decir que se trate de una defensa legítima. Por ejemplo el célebre caso de laboratorio del empleo (disparo) de una escopeta por parte de un paralítico que tiene solo esta arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se apodere de una manzana; en este y otros casos análogos, la acción de disparar es necesaria, porque no existe otra menos lesiva para evitar el resultado, pero no cumple el requisito de la racionalidad.

El que fusila al que hurta una cartera con una pequeña suma de dinero no se defiende legítimamente, porque la defensa es tan insólitamente desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud, que excluye su legitimidad aunque el medio fuese el único disponible. La necesidad racional no predica sobre medios defensivos en concreto sino que se atiende

¹¹⁹ Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 475.

¹²⁰ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 633.

a que la magnitud de la respuesta en relación con la lesión que trata de evitarse no sea jurídicamente disparatada. La simple razón jurídica es que no constituye ejercicio de un derecho la acción que lesiona los derechos de otro. Este fundamento del requisito de racionalidad excluye la posibilidad de considerar a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa: el paralítico que mata al niño no abusa del derecho ni se excede en el ejercicio del derecho de legítima defensa sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho, por falta de un requisito esencial de este¹²¹.

Ahora bien, no se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión¹²². Así pues, quien sólo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza¹²³. O por ejemplo, también, cuando la víctima de agresión sexual, mata a su agresor, para evitar ser ultrajada sexualmente. Con estos ejemplos también queda señalado que la legitimidad de la defensa no se determina, en principio, por el valor atacado, sino por la intensidad y la peligrosidad de la agresión.

La ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, así pues la racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad en el caso concreto y no en el medio a utilizar. En tal sentido refiere Peña Cabrera Freyre: “Es unívoco pensar, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable. El atracador que utiliza una navaja filuda y es muy diestro en su utilización y el agredido solo tiene en su poder un arma de fuego, no podrá obviar este y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 613. La jurisprudencia nacional acoge este criterio, así la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, sostiene: “No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarlos es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño”. Véase la Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1999, Exp. 1985-99-Lima, en: ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTE VARGAS, Alberto. *Código penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima: Idemsa, 2001, p. 94.

¹²² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 369-, num. 715.

¹²³ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

será que utilice el arma, pero solo de la manera necesaria para conjurar el peligro”¹²⁴.

La necesidad racional del medio empleado y la necesidad de la defensa han de surgir en concreto, en cada caso particular, y no en abstracto, por lo que debe analizarse una serie de circunstancias como la fuerza y la peligrosidad del agresor, sus características, la intensidad, forma y medios de ataque (v. gr., si el ataque es o no inesperado), los medios de defensa, el tiempo y el lugar del mismo como la condición personal del beneficiado de la legítima defensa. Todo lo cual debe ser valorado desde una perspectiva *ex ante*, como ya se ha dicho.

3. Falta de provocación suficiente

Si bien se reconoce el derecho a la legítima defensa, cuando no se puede deparar protección al agredido, el derecho no fomenta el innecesario y gratuito aumento de la conflictividad y, por ende, reconoce el derecho en la medida en que el agente, no haya caído en esa práctica¹²⁵. La conducta provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia.

No puede equipararse “provocación suficiente” con “agresión ilegítima”¹²⁶, pues si así fuera se terminaría concluyendo que esta tercera condición impuesta es superflua al resultar innecesario que la ley dijera dos veces la misma cosa.

La doctrina define provocar, por un lado como incitar, inducir a una persona a que ejecute una acción, y, por otro lado, al hecho de irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje. De modo que la provocación consiste en excitar y enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero¹²⁷. En este sentido, la provocación es distinta de la agresión y supone una situación anterior a la agresión misma, por lo que no pueden confundirse ambas situaciones.

¹²⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal. Parte general*, 3ª edic, Lima: Idemsa, 2011, p. 680.

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 625.

¹²⁶ Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1405. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 624. SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 454. FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 291. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 298. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 222. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 370, num. 717.

¹²⁷ Así, HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1406.

La pérdida del derecho de defensa por parte del que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero sí "suficiente"¹²⁸; es decir de una intensidad e índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. En la misma línea, como ya se dijo, la provocación no puede configurar una agresión, pues de lo contrario la reacción sería una defensa. Pero esa conducta anterior debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer la base fundante de la legítima defensa. Esta desvaloración debe partir de que, si bien es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto sería siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta¹²⁹.

Al hablarse en doctrina de provocación "suficiente", se infiere que esta figura admite grados, como lo demuestra la vida cotidiana, cuando enseña que una persona puede ser sometida por otra a estímulos de mayor o menor intensidad, con miras al logro de un determinado cometido que puede ser, por ejemplo, generar en el otro una situación de agresión para así darle muerte en el ejercicio aparente de una defensa (el denominado pretexto de defensa)¹³⁰.

La apreciación del carácter suficiente de la provocación comisiva u omisiva debe hacerse mediante un juicio objetivo¹³¹ de valor *ex ante*. Preguntándose si en tales circunstancias un ciudadano medio, frente a una provocación determinada reaccionaría agrediendo. Si la respuesta es afirmativa debe negarse la legítima defensa del provocador; *contrario sensu*, si la provocación es insignificante y la agresión es desmedida, es decir, no está en proporción a la provocación, cabe admitir legítima defensa del provocador. Se pueden aplicar aquí las leyes de la experiencia, valorando el contexto situacional, las relaciones entre el agresor y el provocador, etc.¹³². Por lo anterior, no puede negarse *a priori*, en todos los casos, la legítima defensa del provocador (procederá con la condición de que se cumplan los requisitos de la justificante), pues como señala Fontán Balestra: "Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito"¹³³.

¹²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 370, num. 718.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 625.

¹³⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 14.

¹³¹ Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1406.

¹³² CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 205.

¹³³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 290.

Se debe señalar también que la provocación debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva (v. gr. si el agresor ignora la previa provocación del agredido, este permanece en el ámbito de la legítima defensa, pues no habría determinado la agresión ilegítima).

Asimismo se debe analizar el nivel y la intensidad de la provocación con el modo y magnitud del comportamiento agresivo. La provocación no incide solo en producir la agresión, sino que se refiere a la necesidad de determinar la entidad y contenido de esta respecto a aquella, v. gr. una lisura no puede desencadenar un ataque con un cuchillo o arma de fuego. En tal sentido, no constituye provocación el comportamiento puramente descortés (v. gr. negativa a proporcionar una información que se facilitaría en un momento¹³⁴, no retirar la silla a una dama para que se siente¹³⁵) o inmoral (v. gr. la infidelidad entre novios), el asumir comportamientos extraños, etc.

La provocación puede ser intencional o imprudente. En el primer caso se da cuando alguien provoca a otro para que realice una agresión y, así poder hacerle daño bajo la cobertura de la legítima defensa¹³⁶. Aquí la doctrina considera que debe excluirse totalmente la legítima defensa en la medida que la supuesta agresión ha sido querida y se buscó deliberadamente por el accionar del provocador¹³⁷. El provocador realiza una conducta o ejecuta una serie de maniobras que manipulan la situación típica de la legítima defensa a su favor y que supone una asunción consiente del riesgo.

En los casos de provocación imprudente, en tanto la persona no tuvo la intención de aprovecharse de la supuesta agresión de la que es víctima para lesionar los bienes jurídicos del agresor, no necesariamente desaparece por completo la necesidad de legítima defensa. Sin embargo, se plantean restricciones normativas que se vinculan con la necesaria responsabilidad por sus hechos imprudentes que obliga a mantener cierta tolerancia –dentro de los límites de la proporcionalidad- frente a las agresiones de terceros que uno genera y provoca¹³⁸. En estos casos se recomienda eludir la agresión, apaciguar la situación, más que enfrentarla, buscar ayuda de terceros, solo

¹³⁴ JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 488.

¹³⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 205.

¹³⁶ Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 639. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 127.

¹³⁷ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 649. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 372. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 542, num. 1408. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 545, num. 1219. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 203.

¹³⁸ Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 542, num. 1409. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 641-642. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 484.

realizar una defensa pasiva (no ofensiva) o tolerar daños y lesiones de poca entidad. El fundamento se encuentra, siguiendo a Jakobs¹³⁹, en la aplicación del criterio de la injerencia por el cual quien ha creado un peligro o un conflicto tiene que soportarlo o, por lo menos compartirlo, pues no se puede asignar enteramente a una persona.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Tal como hemos sostenido al momento de referirnos al aspecto subjetivo del autor una causa de justificación en general, se tiene que el elemento a ser tomado en cuenta debe ser el conocimiento de dicho autor, dejando de lado la finalidad subjetiva de este, pues el estado psíquico del autor es irrelevante para la imputación penal.

Como sostiene Roxin¹⁴⁰: “(...) para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no, por ej., por cólera o por la intención de dañar al agresor).”

Carece de sentido exigir una voluntad, cuya "completa desaparición" no puede probarse prácticamente nunca y, por otro lado, el castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a Derecho sólo porque no hace lo permitido con la actitud interior "correcta" conduce a una pena, prohibida, por la actitud interna¹⁴¹.

Ahora bien, si falta el elemento subjetivo en la legítima defensa, la acción realizada deberá ser calificada como una tentativa imposible del delito que se buscaba consumir. Veamos este aspecto¹⁴²:

En la parte subjetiva se tiene la intención, o al menos la representación de cuál es el daño que se espera ocasionar (ej. Disparar apuntando el arma hacia el pecho del “agresor”, quien tenía escondida un arma debajo de la casaca, con la cual apuntaba a su “víctima”).

¹³⁹ Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 485.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 667.

¹⁴¹ En este sentido ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 598.

¹⁴² YON RUESTA, Roger/TORRES COX, Daniel. “Legítima defensa y acciones disvaliosas”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 172, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

No hay desistimiento, ya que el sujeto prosigue en la realización de sus actos hasta llegar al objetivo deseado (ej. Que luego del disparo, el “agresor” reciba efectivamente el disparo en el pecho)

Sin embargo no concurre el elemento objetivo ya que falta la consumación del delito, toda vez que, entendiendo que un delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, este (el delito) no puede configurarse si es que la acción realizada no es antijurídica, ya que –en el plano objetivo– se ha lesionado un bien jurídico bajo un supuesto permitido por el ordenamiento jurídico.

Se configura una tentativa imposible ya que la situación en la que se encontraba la “víctima” al atacar a su “agresor” nunca va a llegar a consumarse, ya que por más que falta la representación de la situación de peligro, dicha agresión fue realizada en una situación en la que objetivamente se estaba protegiendo un bien jurídico al amparo de los elementos una causa de justificación. Esto es, existe una imposibilidad de la finalidad de la acción (ausencia de desvalor de resultado), ya que la situación en la que objetivamente se produjo el ataque por parte de la víctima a su agresor, es permitida por el ordenamiento jurídico debido a que en el plano objetivo, la acción desplegada se recubrió de una legítima defensa¹⁴³.

VII. RESTRICCIONES A LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Uno de los mayores problemas prácticos, y de una nada pacífica discusión doctrinal, ha sido establecer si la existencia de relaciones de garantía constituyen una límite mayor (se habla de límites ético-sociales, otros de restricciones normativas) de la legítima defensa. Así la pregunta gira en torno a averiguar como debe ser la conducta defensiva del ofendido en los casos de agresiones producidas entre personas vinculadas por una posición de garantía como lo serían las estrechas relaciones comunitarias, las relaciones familiares, v. gr., la relación paterno-filial, la relación entre cónyuges o entre concubinos¹⁴⁴, teniendo en cuenta que entre agresor y agredido existe de por medio obligaciones de protección o de impedir daños al otro.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Tales agresiones se pueden presentar tanto en una relación de enamorados, concubinos o esposos, sin embargo consideramos que en una relación de enamorados no existe posición de garante por parte de alguno de ellos, entonces no se puede plantear una restricción a la legítima defensa en base a una posición de garantía que en tal situación no existe. El problema de restricciones a la legítima defensa se suscita en los casos de esposos o concubinos, por darse en dichas situaciones una posición de garante.

Al respecto una posición doctrinaria, basándose en que en las relaciones de garantía existe una obligación de sacrificio más elevada, plantea que la víctima debe procurar desviar el ataque o aceptar menoscabos leves a sus bienes, antes de lesionar intereses existenciales del agresor¹⁴⁵. Se sostiene que el agredido debe recurrir a medios estrictamente defensivos como parar el golpe, encerrarse en la habitación o a la retirada prudente¹⁴⁶.

En la misma línea Bacigalupo Zapater afirma que: “Asimismo se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etcétera). Ello sólo significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro. Por ejemplo: el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que ésta lo abofetee”¹⁴⁷.

No compartimos la postura doctrinaria aludida, pues no parece correcto que uno de los cónyuges o concubinos, o en todo caso algún hijo, deba soportar ataques o situaciones peligrosas por el sólo hecho de estar casado o porque entre las partes en conflicto se asume una posición de garante derivada de la relación familiar o de una situación análoga.

Bajo esta orientación a la pregunta de si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales, la respuesta debe ser en sentido negativo, ninguna sociedad que se conciba como liberal puede aceptarlo, por lo que no es acertado hablar de límites al Derecho de legítima defensa con base en una relación especial¹⁴⁸. Cuando hay agresiones entre los parientes cercanos o entre quienes comparten una estrecha relación dichas acciones de acometimiento hacen cesar automáticamente los deberes de protección y de solidaridad, en otras palabras la agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante, por lo que no cabe una restricción a la legítima defensa¹⁴⁹, lo

¹⁴⁵ Así véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 488-489.

¹⁴⁶ Véase CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 239.

¹⁴⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 371, num. 720. En la doctrina nacional parece adherirse a este planteamiento: GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 482, al sostener que: “Es importante tener en cuenta que la racionalidad del medio de defensa puede sufrir ciertas restricciones en el caso de vinculaciones institucionales. En este orden de ideas, la agresión proveniente de una esposa, por ejemplo, podría imponer al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima”.

¹⁴⁸ Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa? En: *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1/2008, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 14, disponible en: www.indret.com

¹⁴⁹ Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 539, num. 1402. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. cit, p. 15.

contrario significaría, por ejemplo, reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el Derecho penal.

El matrimonio no es una licencia¹⁵⁰ ni un cheque en blanco para que los maridos ataquen a sus esposas ni los padres a sus hijos o viceversa. Sin embargo ello no quiere decir que se promueva la posibilidad de riñas y peleas graves como si la relación paterno-filial o la condición matrimonial, o de convivencia, no tuviera ningún papel o sencillamente no sirviera para nada¹⁵¹. No se desconoce que las relaciones de vida íntima, por principio, llevan implícito el intercambio de experiencias personalísimas, que en ellas los sujetos se muestran como son en realidad y que, además, ellos comparten un sinnúmero de momentos privados en los que hasta, y dicho de forma coloquial, se puede “meter la pata”; cuando estas situaciones no tengan significado para el Derecho penal, la misma relación estrecha se encargará de liquidar el conflicto¹⁵².

Conforme a lo dicho podemos concluir, que en estos casos, la legitimidad de la defensa se determinará de acuerdo a los elementos configurativos de la legítima defensa exigidos por la ley, así en el ejemplo propuesto por Bacigalupo, en principio se puede decir que este caso no tiene relevancia para la legítima defensa, puesto que va a faltar el requisito de la actualidad de la agresión, y si esto se repite (la agresora pretende seguir abofeteando, o si –variando el ejemplo- fuera el esposo quien pretendiera golpear a su esposa), procede la legítima defensa, pero utilizando los medios necesarios y racionales para repeler la agresión, por lo que sin duda, no estará cubierto por la legítima defensa el matar a la agresora (o al agresor en la variante propuesta) para impedir otra bofetada, pues existen medios menos lesivos e igualmente idóneos para neutralizar el peligro, como el coger de las manos a la persona agresora o en todo caso darle un empujón; si en el caso concreto la víctima de la agresión saca un arma y dispara contra su cónyuge, ello no estará amparado por la legítima defensa, pero no porque deba tolerar la agresión por existir una posición de garante (la agresión ha hecho cesar los deberes de solidaridad y protección) sino simplemente porque no cumple con los elementos exigidos en la norma penal para alegar la legítima defensa, así pues el disparar en este caso resulta ser una defensa innecesaria, desproporcional e irracional, pues como ya señalamos existen otros medios igualmente idóneos para acabar con la agresión y menos lesivos para el agresor.

¹⁵⁰ HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 539, num. 1402.

¹⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 208.

¹⁵² PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. cit, p. 15.

Por otro lado, en el caso de las mujeres maltratadas, que padecen del síndrome que se genera en esta situación (síndrome de la mujer maltratada¹⁵³) y que matan a su marido (agresor) en un momento no confrontacional (por ejemplo mientras el marido duerme), no puede alegarse legítima defensa, en tanto falta la existencia de una agresión inminente o actual, pero sí podría valorarse, de acuerdo al caso, la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad o, según las circunstancias concretas, el estado de necesidad.

¹⁵³ Una mujer maltratada es aquella que es repetidamente sometida a episodios de abuso físico o psicológico generalmente por un hombre. Según la definición de la ONU (Ver *United Nations General Assembly*, 1993) la violencia de género es “cualquier acto o intención que origina daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres. Incluye las amenazas de dichos actos, la coerción o privación arbitraria de libertad, ya sea en la vida pública o privada”. La violencia en estos casos suele ocurrir por ciclos: **1. Acumulación de tensión:** Se caracteriza por la acumulación de tensión en las interacciones. Es un periodo de agresiones psíquicas y golpes menores en el que las mujeres niegan la realidad de la situación y los hombres incrementan la opresión los celos y la posesión creyendo que su conducta es legítima. Esta relación definida por el control sobre los hechos, tiende progresivamente a debilitarse a favor de un nivel cada vez mayor de tensión. Hombre y mujer se encierran en un circuito en el que están mutuamente pendiente de sus reacciones. Cuando la tensión alcanza su punto máximo sobreviene el episodio violento. **2. Episodio violento.** Esta fase se caracteriza por “el descontrol y la inevitabilidad de los golpes, las mujeres se muestra sorprendidas frente al hecho que se desencadena de manera imprevista ante cualquier situación cotidiana. Finalizada la fase aguda sigue un shock: negación e incredulidad de que el episodio haya realmente sucedido” **3. Fase de “luna de miel”, o calma “amante”.** Esta es la fase opuesta a la anterior se distingue por una conducta de arrepentimiento y afecto del hombre maltratador, y de aceptación de la mujer que cree en su sinceridad, en esta etapa predomina una imagen idealizada de la relación. Sin embargo tarde o temprano se da inicio a un nuevo ciclo. Las mujeres que pasan por este ciclo por lo común padecen del «síndrome de la mujer maltratada». A la mujer que padece de dicho síndrome se le hace muy difícil romper con el patrón de violencia, una vez que entran en esta dinámica de agresiones y humillaciones, les cuesta salir de ella tanto por su propia situación (dificultades económicas, dependencia afectiva, aislamiento de entorno), como por las amenazas de su pareja, y por otro lado el arrepentimiento amor que demuestra el agresor durante la tercera etapa le lleva a pensar que éste ha cambiado permanentemente y que, a consecuencia de ello, la relación se convertirá en saludable. Además, llega un momento en que la mujer maltratada percibe el violento ciclo como parte inevitable de cualquier relación de pareja. Esta banalización de la violencia doméstica generalmente viene acompañada por un sentimiento de que cualquier intento de escapar de la situación de maltrato será peligroso y fútil. La percepción de la peligrosidad de huir es reforzada en muchas instancias por las experiencias de la mujer maltratada. Es común en estos casos que el hombre agrede brutalmente a la mujer que intenta terminar con la relación. Lo anterior se complica por el hecho de que la mujer maltratada y sus hijos usualmente dependen económicamente del agresor. La combinación de estos factores provoca que la persona que padece del síndrome de la mujer maltratada sienta que su única alternativa es continuar viviendo con su pareja. Presa de su propio miedo, la víctima pierde toda esperanza de romper con el ciclo de violencia y se resigna a una vida de maltrato. Consiguientemente, en vista del síndrome, muchas mujeres maltratadas cesan de intentar dejar al agresor, a pesar de que ello probablemente aumenta el riesgo de que vuelvan a ser agredidas en el futuro. Cfr. CASTELLÓ BLASCO, Jorge. “Dependencia emocional y violencia doméstica”, en www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo_s.asp?texto=art41002; GROSMAN, CECILIA, et al. *Violencia en la familia, la relación de pareja, aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*; 2ª edic., Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992, p. 70 y ss.; SERNAM. *Perspectiva psicosocial y jurídica de la Violencia Intrafamiliar*; Primer manual de Trabajo, Santiago: Universidad de Chile 1994; p. 42 y ss.; LA ROSA CALLE, Javier/ ARDITO VEGA, Wilfredo. *Violencia familiar en la Región Andina. Análisis comparado de la legislación*, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2004, p. 24 y ss.; ERNESTO CHIESA, Luis. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona”; en: *Revista Penal*, Nº 20, Barcelona: La Ley, 2007, p. 51 y ss.