

# **UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO**



## **Derecho Constitucional a la Legítima Defensa en la Exención de la Responsabilidad Penal en el Perú**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO  
PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Autor**

**Juan Carlos Azaña Meza**

**HUACHO - PERÚ**

**2019**

**DEDICATORIA**

A Dios y a mi familia por su amor,  
comprensión, paciencia, aliento y apoyo.

A mis padres Víctor y Delia.

## PRESENTACIÓN

La Legítima Defensa es un elemento de atipicidad penal que tiene arraigo constitucional, que consiste en el empleo de la fuerza material para repeler una agresión ilegítima contra nuestra integridad física o contra cualquier derecho que nos asista, que como reacción de defensa podría causar el daño o la muerte del atacante, pudiendo ser según los hechos atenuante o eximente. Este derecho constitucional parte de la premisa que una persona no puede soportar lo injusto, es decir una acción antijurídica ya sea en contra de sus derechos propios o de terceros, sin embargo cabe precisar que el derecho a la Legítima Defensa no consiste en dar riendas sueltas a este derecho vulnerando los bienes jurídicos de terceros, pues este derecho no es ilimitado ya que posee ciertos requisitos que se contempla taxativamente nuestro en Código Penal vigente, requisitos que se han establecido para que no se tome este derecho tan importante como una excusa para vulnerar los derechos de los demás, es por ello que este trabajo consiste en dar a conocer cuáles son sus fundamentos, poniendo de manifiesto la relación tan importante que poseen el Derecho Constitucional con el Derecho Penal.

Huacho, abril del 2019.

El autor

## ÍNDICE GENERAL

Carátula.....	i
Dedicatoria.....	ii
Presentación.....	iii
Índice General.....	iv
Palabras claves.....	vii
Descripción del problema.....	viii
Análisis del problema.....	ix

## Derecho Constitucional a la Legítima Defensa en la Exención de la Responsabilidad Penal en el Perú

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

### CAPÍTULO I

#### ANTECEDENTES

1.1. ÁMBITO HISTÓRICO EN EL MUNDO.....	7
1.2. ÁMBITO HISTÓRICO EN EL PERU.....	9

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1. CONCEPTO DE LEGITIMA DEFENSA.....	12
2.2. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL MARCO DOCTRINARIO.....	13
2.2.1. LA LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA.....	15
2.2.2. EL ERROR, TEORIA DEL DOLO Y LA CULPABILIDAD.....	16

2.2.3. LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA.....	19
2.2.4. DEFENSA A LA VIDA.....	21
2.2.5. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	22
2.2.6. IMPORTANCIA DE LA TEORIA DEL DELITO.....	23
2.2.7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	25
2.2.8. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	26
2.2.9. ASPECTOS DE JUSTIFICACIÓN.....	27
2.2.10. LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	28
2.2.11. CONSIDERACIONES GENERALES.....	28
2.2.12. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	31

### **CAPÍTULO III**

#### **LEGISLACIÓN NACIONAL**

3.1. NORMATIVA NACIONAL .....	46
3.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	48

### **CAPÍTULO IV**

#### **DERECHO COMPARADO**

4.1. ESTUDIO COMPARADO CON OTRAS LEGISLACIONES .....	50
• COLOMBIA .....	50

• URUGUAY.....	54
• ECUADOR.....	56
• CHILE.....	59
• ARGENTINA .....	62
CONCLUSIONES .....	64
RECOMENDACIONES .....	65
RESUMEN .....	66
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	67
ANEXOS.....	71

**Palabras claves:** Legítima, defensa, responsabilidad penal.

Tema	Derecho Constitucional a la legítima defensa en la exención de la responsabilidad penal en el Perú
Especialidad	Derecho Penal

**Keywords:**

Text	Constitutional right to legitimate defense in the exemption of criminal responsibility in Peru
Speciality	Criminal law

Línea de investigación: **DERECHO**

## RESUMEN

La “legítima defensa” se constituye en una “causa excluyente de antijuricidad” o “causa de justificación”, prevista en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal (norma permisiva), generando una exención de responsabilidad penal de cumplirse con todos sus requisitos.

La legítima defensa hace frente a la puesta en peligro de los bienes jurídicos del cual es titular el agredido, más aún podría concurrir la legítima defensa a favor de terceros, lo cual debería enmarcarse en la racionalidad de detener la agresión. Actualmente este es uno de los problemas más resaltantes que afronta la interpretación dogmática de la ley penal, pues si bien es cierto, la defensa propia se orienta a la vulneración de un Derecho Propio mas no al ajeno, o lo mismo podría ocurrir en la defensa en contra de la agresión de bienes jurídicos de titularidad colectiva, donde es necesario establecer si nos situamos ante un plano de defensa propia o de un estado de necesidad justificante (código penal Artº 20, inc. 4).

## DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La legítima defensa adopta una embestida a un bien jurídico protegido en el derecho penal peruano, no obstante es importante la presencia de tres requisitos, como son: la agresión actual, ilegítima y real; la necesidad racional de los medios empleados y la falta de provocación suficiente.

Las causas de justificación son normas permisivas que atienden a específicas circunstancias que suprimen la antijuricidad de la conducta lesiva de bienes jurídicos protegidos.

El código penal peruano señala los peculiares eximentes de la responsabilidad penal que se contemplan en el artículo 20°. En ese sentido, el defensor deberá conocer la existencia de una agresión ilegítima y encaminar su comportamiento a salvaguardar el bien jurídico en estado de peligro

En tal sentido, podemos plantear el problema de la viabilidad del Derecho Constitucional a la legítima defensa en la exención de la responsabilidad penal en el Perú de la siguiente manera:

- La ausencia de algún elemento de carácter secundario determinará la aplicación de una causa de justificación incompleta?
- La necesidad genérica de emprender una reacción defensiva exigen la “necesidad racional del medio empleado” para impedir o repelerla?
- El sujeto defensor emplea las posibilidades defensivas para neutralizar la agresión, que sea menos lesiva o gravosa en función de las circunstancias concretas?
- Se excluye la intensidad y peligrosidad de la agresión y los medios que se establezcan para la defensa?



## **ANALISIS DEL PROBLEMA**

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.

La legítima defensa es lícita y exime de responsabilidad, y si es el propio individuo quien resguarda el bien jurídico frente a una agresión antijurídica, el Derecho valora esto de forma positiva. Además, en el Ordenamiento Jurídico nacional vigente protege el interés particular del propio sujeto agredido, ya que, al defenderlo, hace predominar el Derecho frente a la agresión injusta del sujeto agresor. Así mismo, es el propio ordenamiento jurídico que le otorga los medios al sujeto agredido para que se defienda e imponga el Derecho frente al injusto, cuando aquel no puede intervenir a través de sus órganos estatales.

La doctrina mayoritaria defiende que la legítima defensa no está restringida, sino que al contrario es un Derecho. La legítima defensa es considerada como derecho originario e inherente a la persona humana.

Si existe un derecho a la vida, al honor o a la propiedad, también coexiste un derecho a defenderlos. La legítima defensa se impulsa inclusive antes de una agresión, cuando está próxima a ejecutarse. La agresión cometida o próxima a cometerse, activa la necesidad de autoprotección y de la protección del ordenamiento jurídico, admite que la persona pueda cometer alguna agresión excesiva, intensiva o leve.

## INTRODUCCION

La legítima defensa de manera incipiente ha sido reconocida por las antiguas culturas que habitaron el mundo occidental, un ejemplo de ello fue el caso de la ya famosa Ley del Talión instituido en la antigua Mesopotamia, como una forma de defensa privada contra la agresión de otra persona. La Biblia no está exenta de esta figura y también la reconoce en el libro del Éxodo. La Legítima Defensa siendo ya un instituto jurídico de carácter universal ha sido reconocido por todas las legislaciones del mundo, a tal punto que el Papa Juan Pablo II, en su Encíclica *Evangelium Vitae* del 25 de Marzo de 1995, la define meridianamente como “El derecho a la vida y la obligación de preservarla” y en cuanto a los “derechos humanos”, afirmando que si se garantiza el respeto a toda vida como lo es la del reo o agresor, entonces que con mayor razón debe garantizárselos a la víctima indefensa. Ya en Roma siendo la cuna del derecho no podía estar ajena a esta figura jurídica pues el emperador Gayo la reconoció como parte del Derecho Natural de las personas cuyo fundamento es la de repeler un peligro, a lo que tanto Florentino como Marcelino la concebían como un Derecho de Gentes, como repeler la injuria y la violencia. Asimismo el Derecho Canónico, también recoge esta institución durante la edad media, concibiendo la realización de la Legítima Defensa dentro de aspectos diferentes, la primera donde esta se enmarcaba en el axioma de que toda agresión debe ser repelida por otra de su misma categoría (siendo al parecer el origen de la llamada proporcionalidad), y otra un tanto más humanista donde se debía responder, siempre y cuando si la agresión era inminente y muy grave para así poder ejercer la defensa, si esto no fuere así se debía de huir y abandonar el lugar.

Encontrándonos luego en la época de la ilustración dada por la Revolución Francesa, y la visión liberalista de la época, surge una nueva concepción de la legítima defensa en la cual esta surgía como respuesta ante una agresión antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico. El filósofo y jurista alemán Hegel, observa una distinción afirmando que el Derecho es una afirmación a lo que los comportamientos dialecticos no debían ser ajenos, siendo que el Delito como

conducta antijurídica era la negación del ordenamiento jurídico, por lo cual si la agresión ilegítima tiene la calidad de antijurídica, entonces la legítima defensa como respuesta era una negación del delito por lo que se convertía en una afirmación del Derecho, la misma que se constituía en la protección de determinados bienes jurídicos.

En los últimos años nos hemos visto conmovidos por casos de personas que haciendo uso de armas de fuego han repelido el ataque de presuntos asaltantes o secuestradores que intentaban afectar sus bienes jurídicos, resultando los agresores muertos en la mayoría de los casos. Tenemos por ejemplo el caso del empresario Luis Miguel Llanos Carrillo que el 27 de diciembre del 2011, por evitar que secuestren a su enamorada dio muerte a 2 de sus agresores, igualmente el joven estudiante universitario Gastón Gabriel Mansilla, quien en el centro de Lima el 7 de enero de 2012 por inmediaciones de la Av. Tacna con la intersección de la Av. Nicolás de Piérola en el Cercado de Lima quitó la vida a Víctor Manuel Ríos Acevedo, o el más reciente asalto producido el viernes 11 de noviembre del 2016, cuando cuatro delincuentes ingresaron a la pollería de Gallardo Dávila ubicada en la Av. Santa Anita. Tras quitarles las pertenencias a todos los comensales, uno de los hampones quiso acercarse a la caja; sin embargo, Dermalí Gallardo le disparó. El delincuente abatido fue identificado como José Antonio Palacios Toribio, de 21 años; los otros tres delincuentes huyeron y hasta el momento no se conoce su paradero.

En estos tres casos la exposición mediática en los medios ha hecho que estos respondan con cierto de manera populista y efectista a corto plazo pues ellos al igual que la mayoría de peruanos, piensan que la mejor manera de terminar con esta ola delictiva es criminalizar cada vez más las conductas delincuenciales y encerrarlos de por vida o según sea el caso aplicárseles la pena de muerte en los casos más graves, siendo ello lo menos recomendable pues hacemos una cultura de retaliación incentivando a que los ciudadanos se armen y enfrente de propia mano a la delincuencia, lo que no es posible en un estado de derecho ya que un país democráticamente constituido, deben de respetarse los derechos de todos sin excepción y es las instituciones tutelares, en este caso la Policía Nacional del Perú la

encargada de esta labor, sin perjuicio que este problema de la delincuencia sea abordado científicamente y las respuestas que dé el Estado y atribuciones delegadas a sus ciudadanos sean el producto de este estudio.

La autodefensa está proscrita por regla general y sólo en algunas ocasiones puede ser avalada por el Estado, por ende considerada legítima. La legítima defensa como tal es una de las pocas causas de exención de la responsabilidad penal y cuya justificación está normada en nuestra Constitución Política, siendo que para algunos juristas el art. 20.3 del Código Penal Peruano, no es más que una ley de desarrollo constitucional que fija la forma de aplicación de esta forma de auto tutela.

La institución de la legítima defensa en el Perú, tuvo una modificatoria el día 12 de febrero del 2003, ya que mediante la Ley N° 27936, se modificó el artículo 20 del Código Penal, regulando a la legítima defensa de la siguiente forma: “Está exento de responsabilidad penal:...inc.3: 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 impedir la 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. (Parágrafo modificado por la Ley antes mencionada). **c.** Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

Esta consagración normativa en nuestro Ordenamiento Jurídico del derecho que tenemos todos en cuanto a la legítima defensa, surgió producto de una paulatina, sistemática y constante evolución cultural y jurídica dentro de nuestra sociedad. Actualmente no está en discusión su naturaleza y existe unanimidad global al considerar que estamos frente a una causa de justificación que actúa en el rubro de la Antijuridicidad. Asimismo, y pese a existir un arduo desarrollo en la doctrina que trata precisamente sobre las causas de justificación, su abordaje en nuestra jurisprudencia aún es muy incipiente.

La legítima defensa<sup>1</sup> tiene muchas definiciones, empero entre las que más destacan esta la descrita por Jiménez de Asúa, señalando que la legítima defensa es “la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”<sup>2</sup>.

Asimismo, otra definición dada es la que describe Gunther Jakobs definiéndola como “la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”<sup>3</sup>.

Es innegable que la doctrina adopta ahora la posición unánime, que la naturaleza jurídica de la legítima defensa per se es una causa de justificación, ya que antiguamente se le atribuyó a la misma como una causa de inculpabilidad<sup>4</sup>.

Por otro lado, se destaca el carácter subsidiario de esta causa de justificación, el que se desprende de la necesidad, es decir, cuando el orden jurídico no puede acudir de otra forma en defensa de los bienes agredidos, se permite que esa defensa la lleve a cabo el titular o un tercero<sup>5</sup> es decir legítima defensa propia o legítima defensa impropia. Cabe mencionar que en nuestra legislación ya no admite la legítima defensa presunta prevista en el derogado código de 1924 (Ley 23404), o lo que es hoy llamada en otros ordenamientos jurídicos como legítima defensa privilegiada.

---

<sup>1</sup> Según SOLER la legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual o inminente y no provocada. Cfr. SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino. Tomo I, Cuarta edición, Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editora Argentina, 1983, p. 402.

<sup>2</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, Teoría del Delito, Tercera edición, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2003, p. 199.

<sup>3</sup> Cfr. JAKOBS, Gunther, Derecho Penal. Parte General, Madrid, Segunda edición, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1997, p. 457.

<sup>4</sup> Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General, Segunda edición, Bogotá, Editorial Temis, 2004, p. 368.

<sup>5</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de derecho penal. Parte General III, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1999, p. 589. Página 3 IUS Revista de Investigación Jurídica - Doctrina ISSN2222-9655 Volumen II

Asimismo, la doctrina concuerda en que la legítima defensa posee un doble fundamento, uno de carácter individual y otro social. El primero, consistente en la necesidad de defender el bien jurídico o los derechos subjetivos injustamente agredidos (principio de protección individual o de autodefensa) y el segundo, de carácter social o supraindividual que consiste en la necesidad de la defensa del orden jurídico (principio de mantenimiento del orden jurídico o defensa del derecho)<sup>6</sup>.

En la legítima defensa según el código penal peruano (Artículo 20 inciso 3 del Código Penal), deben concurrir concomitantemente tres requisitos: agresión ilegítima y actual, defensa necesaria y racional, y la falta de provocación suficiente. Esta norma de arraigo constitucional es un derecho fundamental por estar consagrado en la Constitución Política del Estado, y como tal debe ser ejercido o invocado. Conforme se advierte de la norma invocada líneas arriba, la valoración de la proporcionalidad de los medios empleados fue excluida mediante la Ley N° 27936 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de febrero de 2003, lo que significa que conforme a dicha ley, por invocada que sea la legítima defensa, esta debe ser materia de evaluación y decisión por parte del Ministerio Público a efectos de abstenerse de ejercer la acción penal, de formular acusación o de retirar la acusación ya emitida. Ahora bien, en el supuesto que el Fiscal Provincial formule denuncia penal, el magistrado penal, de acuerdo con el artículo 3 de la mencionada ley, está en la facultad de no abrir proceso penal contra el que actuó en legítima defensa. Caso contrario, la misma norma señala que "impondrá mandato de comparecencia, cuando existan indicios válidos de legítima defensa".

Por tanto, se ha tratado de enfatizar en qué consiste la exención de la pena, viéndolo entre otros ordenamientos jurídicos y a su vez comparándolo con el derecho internacional, así como otros aspectos hasta llegar a las conclusiones.

---

<sup>6</sup> Cfr. VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Ob. Cit., p.369; Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal: Parte General, Lima, Editorial Grijley, 2006, p. 535

Siendo el objetivo del presente trabajo, hacerla más entendible en lo que significa la Legítima Defensa; y teniendo además como finalidad su comprensión y así también conocer los casos en que se dan, los tipos de Legítima Defensa que existen, cuando es otorgado, cuáles son sus defectos y el fin que persigue, aspectos que vislumbraran mejor el entendimiento para quien lo lee y así aportar sobre el tema en la medida de lo que fuera posible para futuras investigaciones.

## **CAPÍTULO I**

## ANTECEDENTES

### 1.1. AMBITO HISTORICO EN EL MUNDO

Martínez, H. (1988) en la tesis titulada: “la legítima defensa”, narra pasajes históricos sobre este instituto desde el antiguo testamento, pasando el derecho canónico, siguiendo el derecho romano, posteriormente el derecho germánico, premisas del derecho español y por último el derecho mexicano, que damos a conocer:

En el **antiguo testamento**, en el Libro de *Éxodo*, capítulo 22, versículo 2, se establece: "Si el ladrón fuere hallado forzando una casa, y fuere herido y muriere, el que lo hirió no será culpable de su muerte". Para los países de religión cristiana, en la Biblia, encontramos una justificación de la defensa privada.

En el **Derecho Canónico**, se justifica y se permite la defensa propia, así en el Código respectivo, artículo 1323 parágrafo 5º, se estatuye: "No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto actuó en legítima defensa contra un injusto agresor de sí mismo, o de otro, guardando la debida moderación (...). De lo anterior se colige que en el Derecho Canónico, se admite la defensa necesaria y por consiguiente, inmediata y proporcionada, contra la agresión injusta y actual. Se reconocía la facultad de *inculpata tutela* contra el agresor violento, al que podría matarse impunemente.

En el **Derecho Romano**, la legítima defensa está escrito en las Doce tablas así también como en el Digesto; es decir, en la fe de nacimiento y en la de la muerte del Derecho Romano. *Lex duodecimi tabularan fuerem noctu deprehensum permittit occidere; interdiu autem deprehensum» si telo se*

*defendat*. En la legislación justiniana el derecho de legítima defensa está escrito en el primer título del Digesto.

En el **Derecho Germánico**, el origen de esta institución la encontramos en situaciones que no son, precisamente de legítima defensa, pero que pueden considerarse el paso previo para llegar a ella. En este orden de cosas, lo primero con qué nos encontramos es "que la muerte de una persona puede efectuarse por otra, sin lugar a la composición". La composición exigida por la ley germánica, la ruda ley del Talión en una de sus múltiples variantes hacía excepciones en algunos casos; podría matarse impunemente (*possunt occidi sine compositione*) al ladrón, al incendiario, al adúltero, etc. "Está aquí un clarísimo concepto de la retribución, así como el del talión, Mann gegen Mann (hombre por hombre), una especie de trueque de la vida humana. Acaecido el primer homicidio se legitima el segundo "Que pueda verdaderamente hablarse de un derecho de muerte de la antigua legislación germánica, distinto del de legítima defensa", es un hecho que no puede negarse y que únicamente tiene su razón de ser en el concepto de *Friedlosigkeit*

En lo que atañe al **Derecho Español**, Jiménez de Asúa nos indica, que la "Ley Visigótica", contenía importantes preceptos sobre la legítima defensa, y que es sabido que ese Código se conoce con el nombre de Fuero Juzgo. En la alta Edad Media propiamente española, los Fueros y Constituciones de Cortes, no dejaron de reconocer la legítima defensa: Pero es en las Siete Partidas, donde en modo general se presenta la legítima defensa frente a cualquier daño que quieran interferir a nuestras cosas (Ley VII, título X, Partida VII). Es en el Código de 1822, al tratar del homicidio, donde se admite con un sentido amplio, digno de alabanza, la defensa de la vida propia o ajena, de la propiedad y de la libertad.

En el **Derecho Mexicano**, el primer Código Penal lo fue el Código Penal de Veracruz de 1835, entroncado con el español de 1822, y en el artículo 558, se establecía: "No estará sujeta a pena alguna el homicidio que se cometa en los siguientes casos: *1, en el de la necesidad de ejercer la defensa propia y natural de la propia vida o de la de otra persona, contra una agresión injusta, en el acto de la agresión injusta, cuando no haya otro medio de repelerla; 2, en el acto de repeler alguna agresión sobre bienes propios o ajenos, resultando la muerte de la defensa necesaria para la conservación de aquellos; 3, en el de defender la libertad propia, de los padres, hijos de la mujer o hermanos, o la persona de una mujer a cuyo honor se atente con fuerza o violencia, no presentándose en el acto otro medio de evitar el atentado.*

## 1.2. AMBITO HISTORICO EN EL PERÚ

En el plano constitucional, la legítima defensa no presenta antecedentes constitucionales, tampoco hace mención a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En efecto, como bien señala la doctrina mayoritaria, es una institución penal o un principio justificante, y no un derecho de la persona, puesto que tiende a eliminar la responsabilidad penal. Y es preciso señalar su regulación normativa.

### **Constitución Política de 1993**

#### ***Artículo 2. Derechos de la persona***

*Toda persona tiene derecho:*

(...)

*23. A la legítima defensa.*

(...)

La Constitución incorpora en su texto normativo el derecho fundamental a la legítima defensa, lo que no se ha visto regulado en otras constituciones de nuestro país. El derecho a la legítima defensa lleva implícito un precepto

permisivo que interfiere en las normas de carácter general, dando lugar –en el caso más habitual– a que una conducta prohibida, que menoscaba un interés tutelado por el Derecho, no sea desaprobada por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, resulte lícita por exclusión de su antijuricidad.

Para una válida configuración de la **legítima defensa**, regulada en el CP bajo la nomenclatura de “causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal”, debe concurrir tres circunstancias previstas en la norma penal: *a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; (...) y, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.*

Alcocer, E. (2012) describe en su artículo académico que, la legítima defensa en nuestro país tuvo su auge con la dación de la Ley N° 27936 el 12 de febrero del 2003, modificando el artículo 20 del Código Penal, regulando a la legítima defensa de la siguiente forma: “*Está exento de responsabilidad penal: ...inc.3: 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 impedir la 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. (Parágrafo modificado por la Ley antes mencionada). c. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa*”.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú (Exp. N° 2432 Lima) señaló lo siguiente: "Las versiones contrapuestas deben ser analizadas con el debido equilibrio, para ver si existió en el procesado el ánimo de causar daño al agraviado sin motivo alguno. De surgir una duda razonable sobre el accionar del procesado, quien pudo haber realizado los actos en defensa propia o no, ante

la superioridad numérica de los supuestos atacantes, o pudo haberlo hecho confundido ante un solo jalón del agraviado y, por tratarse de un lugar de poca visibilidad, cabe presumir su inocencia”.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Concepto de Legítima Defensa:

(Soler, 1983) Señala que: “existen diversas definiciones acerca de la legítima defensa como el acto de repeler un ataque en salvaguarda de la propia”.

(Jiménez, 2003, pág. 199) Indica que la legítima defensa es: “la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”

De igual modo, otra definición que cabe resaltar es la aportada por (Gunther, 1997, pág. 457), quien menciona como: “la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”

Por otro lado, (Velásquez, 2004, pág. 368) menciona que: “existe consenso en la doctrina que la naturaleza jurídica de la legítima defensa es la de ser una causa de justificación, pese a que antiguamente se le entendió como una causa de inculpabilidad”.

Asimismo, (Zaffaroni, 1999 ), destaca el carácter subsidiario de esta causa de justificación, señalando que: “el que se desprende de la necesidad, es decir, cuando el orden jurídico no puede acudir de otra forma en defensa de los bienes agredidos, se permite que esa defensa la lleve a cabo el titular o un tercero”

De igual forma, Velásquez (2006) citando a Villavicencio en su libro Derecho Penal: Parte General señala que: “La doctrina concuerda en que la legítima defensa posee un doble fundamento, uno de carácter individual y otro social. El primero, consistente en la necesidad de defender el bien jurídico o los derechos subjetivos injustamente agredidos (principio de protección individual o de autodefensa) y el segundo, de carácter social o supraindividual que consiste en la necesidad de la defensa del orden jurídico (principio de mantenimiento del orden jurídico o defensa del derecho)

En el derecho penal peruano (Artículo 20 inciso 3 del Código Penal), son requisitos de la legítima defensa: agresión ilegítima y actual, defensa necesaria y racional, y la falta de provocación suficiente.

Mesinas, F. (2009) Indica que: la legítima defensa se basa en dos principios: la protección (aspecto individual) y el mantenimiento del orden jurídico (aspecto supraindividual) (*Exp. N° 4742-1996-Lima, Caro Coria, p. 160*)

## **2.2. La Legítima Defensa en el Marco Doctrinario:**

Reátegui, J. (2016) refiere que: *“la legítima defensa es la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada de un bien jurídico, actual e inminente amenazado por la acción de un ser humano. Es un derecho fundamental del individuo, que es reconocido por el Estado. La legítima defensa es aquella causa de justificación que excluye la antijuridicidad, en donde una persona evita o rechaza una agresión o ataque de bienes jurídicos propios o de terceros”*. Esto es que se requiere no atravesar la necesidad de la defensa y que, para imposibilitar o repeler la agresión, los medios aplicados deben ser racionales.

El delito como tal es definido como toda conducta típica, antijurídica y culpable. Es así que al faltar uno de estos tres elementos ya no estaremos ante una conducta delictiva, deviniendo en atípica. Dentro de la Teoría de la antijuricidad lo que se trata es de establecer los requisitos mínimos que deben de cumplir determinados actos para poderles otorgar la calidad de antijurídicos, es decir, contrarios al ordenamiento jurídico, pues dentro de esta teoría se han planteado distintas acepciones como lo es el tema a tratar. La legítima defensa o defensa propia, es recogida dentro de nuestra carta magna así como en el código penal vigente, que la instituye como una eximente de responsabilidad y como atenuante de la culpabilidad o responsabilidad penal. Esta forma jurídica como lo describen muchos doctrinarios establece que esta es una respuesta ante una agresión ilegítima proveniente de otra persona, endógena, a la naturaleza jurídica, vulnerando la esfera de Derechos que recubren a la persona agredida.

El Estado dentro del principio del *ius punendi* que lo enviste, posee el monopolio de la persecución penal a través de sus distintos órganos de cacería criminal, ante lo cual podemos concebir a la legítima defensa como una excepción a este principio estatal, pues que aunque éste posea toda capacidad de penalidad y de persecución criminal no podrá estar al momento de la ejecución criminal que traerá como consecuencia la vulneración de los bienes jurídicos reconocidos y protegidos por el mismo Estado.

La legítima defensa hace frente a la puesta en peligro de los bienes jurídicos del cual es titular el agredido, más aún podría concurrir la legítima defensa a favor de terceros, lo cual debería enmarcarse en la racionalidad de detener la agresión. Actualmente este es uno de los problemas más resaltantes que afronta la interpretación dogmática de la ley penal, pues si bien es cierto, la defensa propia se orienta a la vulneración de un Derecho Propio mas no al ajeno, o lo mismo podría ocurrir en la defensa en contra de la agresión de bienes jurídicos de titularidad colectiva, donde es necesario establecer si nos

situamos ante un plano de defensa propia o de un estado de necesidad justificante (código penal Artº 20, inc. 4).

La ejecución de la defensa, frente a la agresión inminente como ya lo mencione, va a constituir como una causa de excepción de responsabilidad, puesto que el resultado de esta defensa no constituirá un desvalor de resultado que se adecue a la tipicidad penal.

En la actualidad todos los penalistas modernos y varias legislaciones tienden a extenderla a todos los bienes jurídicamente protegidos.

El código alemán en párrafo dos, letra G y párrafo ciento veintiuno.

El sueco lo establece en el capítulo cinco, párrafo siete y ocho.

En América latina el argentino, en el artículo 34, incisos 6 y 7.

En Colombia y Bolivia así lo establecen. El código penal tipo para América latina artículo diez y seis. Casi todos los países admiten la legítima defensa.

En República Dominicana está establecida la legítima defensa, el homicidio, los golpes y las heridas, esto es como la ley francesa y en ella no es posible defender más de lo establecido en el texto antes señalado, aunque la jurisprudencia francesa ha empezado a extenderlo otras cosas, como por ejemplo: en la difamación.

### **2.2.1. La Legítima Defensa Putativa o de Buena Fe:**

(Muñoz, 1996), citando a Roxin menciona que: “la legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente”.

En esta situación se invierte los roles es decir un cambio de papeles pues la persona que cree defenderse de una supuesta agresión ilegítima es, en realidad, el agresor; y el que fue identificado como agresor resulta defendiéndose legítimamente de la agresión real que sufre.

De tal manera que:

- No existe agresión.
- El sujeto imagina la agresión.
- Conclusión: Procede a repeler en el hecho un ataque irreal.

## **2.2.2. El Error, Teoría del Dolo y de la Culpabilidad:**

### **2.2.2.1. Error.**

Una aproximación sobre la palabra "error" nos indica que es el falso conocimiento que se tiene acerca de un objeto.

Afirma (Zaffaroni, 1997), que: “la teoría del delito, resultaría de todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad enfrentándonos con el problema del error en general”.

(Frías, 1993) enseña que: “el error es una representación falsa del objeto, un conocimiento equivocado”.

(Núñez, 1972, pág. 221) señala que: “es un estado positivo, es la falsa noción del autor respecto de un hecho cometido”.

Ricardo Álvarez, entiende que el error es un estado cognoscitivo. Es un conocimiento positivo distinto (equivocado) en relación a algo, o supone ausencia de conocimiento de ese algo.

(Tozzini, 1964, pág. 49 y ss.) desde el punto de vista de la psicología ha dicho que:

“Hay defensa putativa cuando un sujeto obra contra otro que cree su agresor, el que, en verdad, no le ataca ilícita, grave o inminentemente, siendo en consecuencia, el agredido imaginario el verdadero agresor. Seguidamente se afirma que es un caso de error, originado en una

equivocada estructuración de los datos sensibles, y se sostiene que el error para ser tal, ha de ser siempre inconsciente”

#### **2.2.2.2. Teorías.**

En forma muy sintética, el análisis de la cuestión del error en la legítima defensa, en la legislación argentina impone una breve visión sobre dos teorías.

##### **a) Teoría del dolo:**

Para los cultores de esta corriente doctrinaria este tema de la legítima defensa putativa, no es ni más ni menos, que un supuesto de error de hecho no imputable, previsto por el art. 34 inc. 1 del código penal argentino, el que transcrito en su parte pertinente dice: "No son punibles: el que no haya podido en el momento del hecho..., por error o ignorancia de hecho no imputables,... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.", en el Perú estaría previsto en el art. 14 del código penal peruano.

La mayoría de la doctrina argentina enrolada en ésta postura, distingue entre error de hecho esencial y el accidental. La distinción es importante en virtud de que solamente el primero es causal de inculpabilidad cuando no proviene de una negligencia culpable.

Así Soler (1983), sostiene que: “el error será esencial cuando el sujeto crea encontrarse en situación de justificación. En tal caso el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, pero se determina porque además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta” (p.

423). Este autor pone como ejemplo el de un sujeto antes amenazado, que es objeto de una agresión fingida por parte de un amigo bromista, y que, creyendo real la agresión, comete un homicidio.

Núñez (1972), sostiene que: “los disparos que en broma se hace contra los disparos del agredido lo autorizan a defenderse, siempre que no esté enterado de que se trata de una broma, pues en caso contrario, ante sus ojos no habría realmente una agresión” (p.241). Para Núñez, lo esencial entonces, es que, concurriendo el peligro, el agredido se encuentre frente a la situación material que tiene derecho a repeler. Se ha dicho también que es importante considerar que la valoración objetiva o subjetiva del juzgador no debe hacerse por un proceso introspectivo, sino razonado, sobre la base de la posibilidad de ver y reconstruir los hechos y sucesos tal como pasaron a "ojos y a la imaginación del protagonista". Es decir hay que valorar las circunstancias desde la perspectiva del sujeto.

En apretada síntesis, para ésta teoría, el error siempre elimina el dolo. Si es invencible, elimina también a la culpabilidad, si es vencible, hace culposa la conducta. No importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuridicidad, es siempre un problema de culpabilidad.

#### **b) Teoría de la Culpabilidad:**

Es de advertir, con carácter previo, que para los doctrinarios afines a ésta posición, el dolo no se encuentra en la culpabilidad, sino en el tipo (para algunos en el injusto). A partir de ésta premisa ellos van a distinguir entre el error de tipo, que excluye el dolo y por

tanto la tipicidad y el error de prohibición que si es inevitable va a excluir la culpabilidad. Si hay error de prohibición, no hay conciencia de la antijuridicidad, y por lo tanto el juicio de reproche se queda sin sustento. Si el error es evitable algunos aplican una pena atenuada y otros la pena del delito culposo, si el mismo está previsto.

Dicho de otra manera, para la teoría de la culpabilidad, el error de prohibición inevitable suprime, sin más, la culpabilidad; el error de prohibición evitable, deja subsistente la imagen total de un hecho punible doloso, es decir, deja intacto el dolo del hecho (Maurach, Welzel, etc.) A modo de corolario decimos que, el error de prohibición nunca elimina el dolo.

Muñoz (1996), defiende esta tesis como punto de partida, haciendo la sutil aclaración que "la acción del que cree que actúa en legítima defensa sería antijurídica, aunque su autor no sea culpable, y por eso, la persona que ha sido confundida erróneamente con un agresor puede defenderse legítimamente (en idéntica posición, etc.)" (Cerezo Mir, Gómez Benítez, pág. 205).

### **2.2.3. La Legítima Defensa Preventiva:**

Los sucesos del 11 de setiembre derivaron en la implementación por parte de los Estados Unidos de una estrategia de seguridad nacional esgrimida en torno al concepto de Legítima Defensa Preventiva. Desde el derecho internacional público, el mismo revitalizó una marcada división doctrinaria entre aquellos que abogan por una interpretación literal del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas (que textualmente dice: "*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual*

*o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”) y aquellos que pregonan por una visión amplia de este a fin de adaptarlo a la nueva amenaza terrorista que aqueja a la Comunidad Internacional.*

Esta figura se amplió de tal manera que ahora se trata de una cuestión debatida en la doctrina alemana, como los actos anteriores al acto ilícito propiamente dicho.

Los casos que se plantean bajo este nombre o figura son, por ejemplo: la lesión o muerte de un familiar que ejerce violencia en forma permanente contra sus parientes, o el caso de quien se ha convertido en una presencia molesta permanente para una mujer, etcétera.

La discusión está en cuanto a si el acto llevado a cabo para impedir nuevos hechos similares puede o no ser encuadrado en la legítima defensa.

En Alemania, Suppert Hartmut ha hecho la siguiente propuesta: la legítima defensa preventiva extiende la aplicación a agresiones futuras que posteriormente ya no se podrán impedir o sólo se podrán impedir con un medio sustancialmente más duro.

- Se crea una nueva causal de justificación por vía de analogía a la legítima defensa.

- La situación objetiva que da origen a ello es el peligro ilícito "futuro", que debe darse objetivamente y no ser solo producto de la imaginación del autor.
- Que el acto defensivo sea realmente necesario y haya racionalidad entre el ataque y la defensa.

Roxin critica esta posición diciendo estos son casos totalmente distintos a la legítima defensa ya que en esos casos se puede pedir ayuda a la autoridad, esquivar la agresión, etc., y sólo se puede proceder preventivamente en casos extremos.

Para Pessoa el tema central pasa por el requisito del peligro futuro. No comparte dicha construcción y su argumento central para rechazarlo consiste en lo siguiente: el núcleo del tema de la actualidad del peligro proveniente de la agresión reside en determinar cuándo estamos frente a una conducta que autoriza reaccionar en función no solamente de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino también de la inminencia de que ello suceda.

Este autor critica la propuesta de Suppert, en definitiva, por considerar que crea para resolver este tipo de situaciones un instituto que no existe, y dice lo que corresponde es elaborar un riguroso concepto de actualidad y sobre la base del mismo resolver este tipo de casos.

#### **2.2.4. El Derecho a la Vida:**

Es, sin duda, el más importante de todos los derechos; lo cual explica su ubicación dentro de la Constitución Política del Perú, estableciéndose en su artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y en su artículo 2, inciso primero: “que toda persona tiene derecho a la vida...”. Nuestro Código Penal de 1991, también le otorga la debida importancia, toda vez que considera en el Título I a los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, y dentro de éste,

en el Capítulo I, a los delitos de Homicidio en sus diversas modalidades, como es el caso del Homicidio Simple, Homicidio Calificado (Parricidio, Asesinato), etc.

Sin embargo, esta consideración e importancia no se aprecia en el campo penitenciario, toda vez que para el caso de los delitos de Homicidio en cualesquiera de sus formas, incluso tratándose del Homicidio Calificado (Parricidio y Asesinato), no se establece ningún tipo de restricción para el otorgamiento de los “beneficios penitenciarios”, como sí sucede con otros delitos, que si bien es cierto protegen bienes jurídicos de importancia no alcanzan la trascendencia de la vida humana. De ahí que la legítima defensa es una institución de vital importancia que, a nuestro juicio, sin duda alguna protege el derecho a la vida.

#### **2.2.5. Derechos Fundamentales:**

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Destacar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales, de la persona en cuanto tales, son también derechos naturales, y superiores al poder político que debe respetar los derechos humanos. Se decía también que eran derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Lo que interesa destacar es que si los derechos fundamentales son derechos humanos, tienen éstos también las características que hemos reconocido a los derechos

humanos. Por tanto, a los derechos fundamentales no la crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado, la Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea.

### **2.2.6. Importancia de la Teoría del Delito:**

Es una parte de la ciencia del derecho penal, comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Atiende al cumplimiento de un cometido, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito de cada caso concreto. Se encarga de estudiar las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un hecho delictivo.

El origen de la estructura del delito inició con Hegel, filósofo que dio una explicación del mundo, misma que basaba en la razón. Todo movimiento correspondía a la razón. Delito = Razón. Juristas Hegelianos como Berner, Enrico, Giovanni Hellmuth Mayer, tomaron los principios de éste para estudiar el delito. Ellos confundían el delito con la acción. Delito Mundo objetivo Conducta (único elemento) = Acción “inervación muscular”.

#### **a) La Tipicidad.**

Es el encuadramiento o adecuación de una conducta con la descripción realizada en la ley. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo de la tipicidad, llamado: atipicidad.

#### **b) La Antijuricidad.**

Para que la conducta sea delictiva, debe contravenir las normas penales. Violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo

penal respectivo. La Antijuridicidad es lo contrario a derecho. Es toda conducta definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas en la misma. “El que actúa antijurídicamente contradice un mandato de poder”. Para que se dé la Imputación de un delito a una persona primero lo que se debe verificar es si dicha conducta es típica, y una vez verificada la tipicidad de la conducta debemos saber si esta es Antijurídica, es decir (contraria al Derecho), ya que existen conductas que podrían ser típicas, pero no siempre serán contrarias o prohibidas por el Derecho, un claro ejemplo es el tema que estoy desarrollando en esta ocasión “El Derecho Constitucional a la Legítima Defensa en la Exención de la Responsabilidad Penal en el Perú”.

Pero antes de comenzar a analizar el Derecho a la Legítima Defensa como una de las causas de justificación, definiré en que consiste la antijuridicidad. La antijuridicidad significa contradicción con el derecho, es decir que la conducta imputada tiene que confrontarse con los valores provenientes del ordenamiento jurídico.

La Antijuridicidad Material y Formal: La antijuridicidad posee un concepto único, no existen dos conceptos de antijuridicidad, lo que tiene son dos aspectos, uno formal ya que su fundamento parte del texto legal, y el otro material se puede indicar que la antijuridicidad siempre es material en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces el legislador no tiene otro camino que remitirse a pautas sociales de conductas.

La antijuridicidad y el Injusto: Tenemos que diferenciar ambas, la primera es una cualidad o propiedad que se le atribuye a la acción típica cuando esta es contraria al ordenamiento jurídico; en cambio el Injusto viene a ser cualquier conducta antijurídica, pero no cualquiera,

sino solo la que es penalmente típica y antijurídica. En consecuencia podemos indicar que el injusto viene a ser la acción típica y antijurídica.

**c) La Culpabilidad.**

Es el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material reprochable. Es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo. Único elemento subjetivo nexo psíquico, da origen a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado.

### **2.2.7. Causas de Justificación:**

Son aquellas que excluyen la antijuridicidad (conducta contraria al Derecho), de esta manera convirtiendo un hecho típico (contemplado en el Código Penal), en un hecho atípico, ó lícito conforme a Derecho. Se puede indicar que las Causas de Justificación es un catálogo abierto (numerus apertus), por tanto dichas causas no pueden determinarse de forma definitiva y tampoco son solo previstas en el Artículo 20 del Código Penal y pueden proceder de cualquier parte del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hay que diferenciar claramente una causa de justificación y una causa de inculpabilidad ya que ambas son distintas en pocas palabras, puedo indicar que una causa de justificación convierte un hecho típico, en un hecho lícito, en consecuencia dicha causa evitará la pena (ejemplo: legítima defensa), mientras que una causa de inculpabilidad el hecho siempre será típico y tan solo se evita la pena (ejemplo: error de tipo invencible ó inimputabilidad).

Debemos también conocer cuál es la fundamentación de las “Causas de Justificación” en que se basa o mejor dicho en que se fundamenta para convertir un hecho típico supuestamente contemplado en la norma en un hecho lícito, el fundamento que más me llama la atención es aquella idea que

señala Villavicencio (2006), de que “NADIE ESTA OBLIGADO A SOPORTAR LO INJUSTO” (p. 535). En este caso tenemos que irnos al tema principal que es la legítima defensa, consiste en que el Derecho no tiene por qué soportar lo injusto, y quien no tiene el deber de soportar lo injusto es porque tiene el derecho a rechazarlo o hacerlo.

### **2.2.8. Efectos de las Causas de Justificación:**

Son efectos de las causas de justificación los siguientes:

- 1** Se excluye la antijuridicidad, pero no la tipicidad, es decir en estos casos la acción nunca deja de ser típica pero la diferencia es que es permitida.
- 2** No cabe la Legítima Defensa contra la conducta justificada, es decir la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada, (no se permite repeler la agresión legítima justificada) ya que en eso no consiste la legítima defensa.
- 3** La provocación intencional de una situación planeada para utilizar, por ejemplo la legítima defensa para agredir a una persona, esto excluirá la justificación.
- 4** No es posible ampliar una medida de seguridad u otra sanción a una conducta justificada.
- 5** Cuando se comprueba la existencia de una causa de justificación el juzgador está exento de verificar la culpabilidad del agente ya que esta solo es verificable luego de haberse comprobado la antijuridicidad de la conducta y dentro de las causas de justificación no existen conductas antijurídicas.
- 6** La conducta justificada excluye la responsabilidad civil en el campo penal, que es consecuencia del delito, entendiendo además de la

reparación civil y la pena son distintas pero conforman parte de la sentencia.

### **2.2.9. Aspectos de la Justificación:**

Las causas de justificación poseen dos aspectos importantes, uno objetivo y el otro subjetivo, debemos tener claro que para justificar una conducta típica no es suficientemente la situación de justificación, ya que se requiere que el autor conozca esa situación justificante, ya que una acción típica no está justificada por el solo hecho de que exista presupuestos objetivos de una causa de justificación (aquí se encuentra el aspecto objetivo), se exige que además se debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante (aquí encontramos el aspecto subjetivo).

**EJEMPLO:** *El que actúa con Legítima Defensa no solo bastará que se defendió objetivamente, sino que además tenía el conocimiento de que se estaba repeliendo una agresión ilegítima y que actuó con voluntad de defenderse.*

a) **Justificación Incompleta.-** La justificación incompleta o parcial trata en que, en ciertos casos la conducta no estará plenamente justificada porque no se presentan los elementos objetivos y subjetivos de la justificación, un ejemplo a mi parecer es la “Legítima Defensa imperfecta” que se da cuando no concurre alguno de los presupuestos que exige el código para que se reconozca el Derecho a la legítima defensa. En estos casos se aplicara el artículo 21 del C.P, el juzgador tendrá la facultad discrecional de rebajar prudencialmente la pena, cuando no pueda apreciarse la eximente completa.

**EJEMPLO:** *El sujeto que realiza una legítima defensa excediéndose en el marco de la racionalidad de los medios utilizados para estos casos se atenuara la pena.*

### 2.2.10. La Legítima Defensa:

Es la defensa necesaria ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente. Ya Villavicencio menciona que: “la legítima defensa puede presentarse sobre la persona o sus derechos a estos lo llamamos legítima defensa propia, o también puede presentarse en la persona o derechos de terceros a esto le llamamos legítima defensa impropia”. En Perú ya no se admite la llamada legítima defensa presunta, prevista en el derogado código del 1924 (Se entiende que concurre la causa de justificación, cuando sin importar el daño que se ocasiona al agresor, por ejemplo el individuo extraño que se encuentra dentro de una edificación o sus dependencias con peligro para los que la ocupan o la habitan).

### 2.2.11. Consideraciones Generales:

En principio, la literatura jurídico penal, la considero como una culpabilidad moral, que era una retribución del mal causado, en cuanto a la reacción del agredido, que sintiéndose perturbado psíquicamente realiza una conducta defensiva; por tales motivos, se instituye como una causa de inculpabilidad, basada en la perturbación del ánimo o del conflicto motivacional en la esfera psíquica del defensor.

En la legítima defensa, dice Roxin, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal.

Se asume una posición dual:

- d) **Naturaleza Individual.-** referida al derecho del portador del bien, de no soportar agresiones ilegítimas, por cuanto el derecho de supervivencia de su vida y su libertad, siempre y cuando el peligro de la lesión sea inminente y no exista el deber de soportar el estado de peligro.

- e) **Naturaleza de carácter supraindividual.**- referida a que el derecho no tiene por qué ceder ante ataques que suponen un estado antijurídico, de afirmar la validez propia de la norma, como instrumento generador de un orden reglado de convivencia pacífica. Este último tiene que ser contenido por ciertos límites, a fin de evitar la arbitrariedad y el uso abusivo de un derecho, por lo que rige el principio de proporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos conocidos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia).

Ambos fundamentos deben conjugarse en la idea de que la defensa de los bienes jurídicos fundamentales solo es legítima en cuanto confirme los valores contemplados en la Ley Fundamental, la legítima defensa es una tendencia de carácter social y otra individual, lo que es en el fondo el 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.

Existen circunstancias en las cuales las agencias estatales que son las legitimadas para prevenir y reprimir el delito, no se encuentran presentes, en consecuencia, el ciudadano no tiene otra opción que defender de motu proprio sus bienes más preciados o de terceros vinculados. Ya que la defensa del orden jurídico no solo es una función que recae en los órganos estatales competentes, sino también, es función de los ciudadanos, como titulares de los bienes jurídicos salir en defensa de ello ante ataques ilegítimos.

La legítima defensa tiene un efecto de intimidación al delincuente, de esta forma el delincuente potencial no solo se va a intimidar por el temor a la sanción punitiva, sino también por el hecho de ser repelido por sus propias víctimas, es por esto que la defensa se convierte en un medio eficaz que refuerza el efecto disuasorio de la sanción punitiva, pero este tipo de defensa no quiere decir que se puede dar su utilización desmedida, ya que las agencias estatales son las encargadas de ejercer el derecho de reprimir ataques ilícitos en defensa de los ciudadanos, entonces se puede entender que la Legítima Defensa se estatuye como justicia residual, a la que solo hay que acudir como última ratio.

Según Villavicencio, añade además que: “la Legítima Defensa en esencia constituye una causa de justificación la cual excluye el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)”. Mediante esto surge el derecho del agredido de repeler ataques injustificados en aras de proteger sus intereses jurídicos penalmente tutelados, y además de defender la validez del orden jurídico, ejerciendo de tal manera la acción defensiva sobre la base de la racionalidad.

En un proceso penal acusatorio, será pues el ente acusador, quien deberá probar que no actuó amparado bajo la legítima defensa (onus probandi), se constituye como una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, ya que la carga de la prueba recae siempre sobre el persecutor público (Ministerio Público), si es que el defensor del imputado propone que su patrocinado actuó por legítima defensa en su Teoría del Caso, este deberá acreditar a su vez, las aseveraciones fácticas que conforman aquella, con arreglo a los principios de la defensa y de contradicción.

### **2.2.12. Requisitos de la Legítima Defensa:**

Para que exista legítima defensa, se necesita la concurrencia de tres requisitos:

1. Agresión Ilegítima
2. Necesidad Racional del Medio Empleado para impedirla o repelerla
3. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Un requisito que no puede faltar es la “agresión ilegítima”, de lo contrario no habrá legítima defensa o estaremos ante una “legítima defensa putativa”, que se configura cuando la persona cree erróneamente que lo van a agredir. El actuar en cumplimiento de un deber o por disposición de la ley, como es el caso de un efectivo policial que actúa cumpliendo sus funciones, no puede constituir una agresión ilegítima, por el contrario nos encontraremos ante otra “causa excluyente de antijuricidad” prevista en el artículo 20, inciso 8, del Código Penal (CP).

En lo que respecta a la “necesidad racional del medio empleado”, este segundo requisito fue materia de modificación por la Ley N° 27936, estableciéndose: “... que se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de los medios, considerándose en su lugar:

1. La intensidad y peligrosidad de la agresión.
2. La forma de proceder del agresor.
3. Los medios de los que “se disponga” para la defensa.

De otro lado, quien provoque una agresión no podrá alegar posteriormente legítima defensa para los efectos de quedar exento de responsabilidad.

Finalmente, debe señalarse que en el supuesto de no concurrir el segundo o tercer requisito, nos encontraremos ante una “legítima defensa imperfecta”, prevista en el artículo 21 del CP, según el cual, el juez estará

facultado para reducir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Villavicencio (1982), menciona “los requisitos de la legítima defensa en el derecho penal peruano” (p.537), que según el código penal son:

a) **Agresión Ilegítima.**

Villegas, E. (2015) citando a Roxin Claus señala que *“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)”* El mismo autor cita a Caro Coria, Dino indicando 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 desarrollo”*.

El peligro debe ser real, de lo contrario podría suscitarse la llamada defensa putativa. En este supuesto puede operar un desconocimiento o falso conocimiento, por parte de quien ejerce la defensa, sobre el requisito esencial de ser objeto de una agresión ilegítima. La defensa putativa se rige, acorde por ejemplo con una concepción restringida de la culpabilidad, por las reglas del error de tipo del artículo 14.1 del CP: si el error es invencible se excluye la responsabilidad penal y si es vencible cabe acudir a la fórmula imprudente en tanto se halle expresamente tipificada.

Bajo la misma línea, no se podría admitir una defensa contra una agresión que ya concluyó pues la misma carecería del fin de impedir o repeler el ataque. El peligro debe ser actual o inminente, tal como se desprende del texto legal. Es decir, debe haber indicios claros de la peligrosidad de la agresión, de modo que una mayor espera frustraría las posibilidades de una

defensa eficaz. La agresión ha de ser ilegítima, esto es, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportar la agresión. Así, la agresión ha de ser injustificada o carente de razón.

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles, existe unanimidad doctrinal en aceptar que la legítima defensa opera contra ataques a bienes jurídicos individuales. Sin embargo, la posibilidad de que los bienes jurídicos colectivos o institucionales sean objetos de ataque constituye una posición extendida en la dogmática jurídica actual. Por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa para evitar o repeler la comisión del delito de cárteles de licitación del artículo 241, numeral 2 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.

No hay que olvidar, sin embargo, que el ámbito de la legítima defensa se encuentra vinculado a la posibilidad de intervención del Estado, para la defensa de los bienes jurídicos: la defensa del agredido no puede sobrepasar la medida y la forma en que el Estado está dispuesto a defender un bien jurídico. Desde esa perspectiva, se puede poner de relieve la actual discusión sobre la innecesariedad de la persecución penal de los llamados "delitos de bagatela" y uno de los supuestos que la doctrina alemana propone como restricción de la legítima defensa: las agresiones insignificantes. Nuestra legislación no admite la llamada "legítima defensa presunta" que, como su nombre lo indica, consiste en una presunción legal de la necesidad de defensa. La ley, en los países que la admiten, no presume la agresión, sino que ella debe darse en una modalidad concreta. Es decir, lo que la ley presume es la legitimidad del comportamiento de quien ejerce la defensa y no los presupuestos de ella. Tenemos:

### **1 Agresión es una conducta humana:**

La agresión es una conducta humana que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, no será agresión si no proviene de un ser humano. Conducta vis absoluta o vis compulsiva producto de una conducta humana voluntaria o fruto de un obrar negligente destinada a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos; la primera implica fuerza sobre la persona, golpearla, secuestrarla, la segunda es la intimidación, la amenaza de provocarle un mal grave; esa amenaza debe ser tal que desaparezca la voluntad en una persona razonable, provoque temor grave, es decir, debe ser de tal naturaleza que cause impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren temor de exponer su persona o su honra o la de las personas a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.

### **2 Exclusión de la agresión:**

Por consiguiente, Villavicencio (1984), añade que: “se excluirán o no serán admisibles el Derecho a la Legítima Defensa respecto a las siguientes situaciones: a) No se admite contra animales o cosas, debe resolverse como estado de necesidad” (p.549). Entendiéndose según Zaffaroni (1999), que: “media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión” (p.494). Sin embargo señala Politoff (2006), “si el animal (perro), es dominado por la voluntad de un individuo para la realización de un injusto (ilícito y antijurídico) si cabe admitir la legítima defensa” (p.216); b) No es posible ejercer la legítima defensa contra personas jurídicas; c) No existe agresión en los supuestos de ausencia de conducta o llamados actos involuntarios, como el que ataca a otro bajo los efectos de la fuerza física irresistible ej. Acto reflejo o inconsciencia.

### **3 Respecto a la situación de los menores de edad y de los inimputables:**

Se acepta que se actué en legítima defensa pero frente a la agresión de tales sujetos debe obrarse con el mayor cuidado posible, pues no se le concede a nadie un derecho ilimitado de la legítima defensa, es que más que nunca en estos casos entra a tallar el requisito de racionalidad como limitativo de la necesidad, el ámbito del permiso se estrecha en estos casos; pero no es la única postura ya que como indica Chocano Rodríguez, que desde una perspectiva jurídico social afirma que está excluida la legítima defensa contra inimputables y que el agredido se le impone el deber de solidaridad de manera que en estos casos deban resolverse en el ámbito del estado de necesidad agresiva. Según Roxin aclara el tema mencionando que: “el estado de necesidad agresivo se da cuando el sujeto que obra en estado de necesidad ataca el bien jurídico de una persona no implicada para salvarse o salvar a otro de un peligro”.

#### **4 Agresión por omisión:**

La agresión no es solo un obrar activo (comisión), sino que también puede darse por omisión: veamos algunos ejemplos tanto de la omisión propia como de la impropia; en la primera se daría en el caso de que un médico que omite presentar auxilio inmediato a herido a quien encuentra en la carretera Artículo 127 C.P, puede ser obligado a que preste auxilio mediante la amenaza con un arma por un tercero o del propio herido, dicha conducta estará justificada por la legítima defensa; otro ejemplo sería en el que un sujeto que no paga a su empleado colocando en una situación de miseria, que le lleva apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo, puesto que la acción resarcitoria llegaría cuando el daño al sujeto y a su familia fuese irreversible. Para poder admitir la existencia de una agresión por omisión impropia es preciso que el sujeto se encuentre en una posición de garantía, ejemplo el sujeto que intencionalmente omite llamar o detener a su perro que ataca.

## **5 Agresión dolosa o imprudente:**

La agresión puede ser dolosa o imprudente. Entendemos que la expresión agresión no excluye literalmente la posibilidad de una actuación imprudente además la legitimidad de una conducta puede ser tanto dolosa como culposa y no se descarta la posibilidad práctica que una agresión imprudente permita una reacción en legítima defensa según los requisitos que la ley exige. La doctrina no es unánime al respecto, la doctrina alemana considera a las agresiones imprudentes como antijurídicas por ende, si cabe la legítima defensa; contrario sensu parte de la doctrina española no la considera una agresión ya que señala que la agresión es la lesión o puesta en peligro dolosa de un bien jurídico. Lo importante a todo esto y para poder determinar si cabrían actos imprudentes, debemos definir claramente la agresión ilegítima que es todo acto (comisivo u omisivo) contrario al orden jurídico por ende antijurídico es decir tanto doloso como culposos, en ambas modalidades no se descarta el aspecto preventivo de la legítima defensa.

## **6 La agresión intencional a la seguridad y libertad:**

Se da en los casos de quien conduce peligrosamente violando normas de tránsito, pero es advertido por su copiloto y persiste en su conducción haciendo caso omiso al pedido de detenerse, en este ejemplo, Zaffaroni de 1997, menciona que: “se está agrediendo la libertad y la seguridad del copiloto en forma intencional; entonces estará justificada por la legítima defensa la conducta de este si amenaza con un arma al conductor para que detenga el vehículo para bajarse”.

## **7 No hay Legítima Defensa contra conductas conforme a derecho:**

Debido a que la agresión agresiva debe ser antijurídica, resulta

inadmisible la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. Es por ello que puedo afirmar que no cabría la legítima defensa contra el que actúa en legítima defensa ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante (ambos son conforme a derecho), ni tampoco frente a quien ejerza un derecho o cumple un deber, según la doctrina debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica (ámbito penal) puesto que la ilicitud puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico; otro caso en el cual no se da la anti juridicidad son los realizados por los funcionarios ya que son funcionarios de la Constitución o de la ley, y siempre actúan en el marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, que incluyen la obligación de no obedecer órdenes manifiestamente ilegales, su conducta no puede ser considerada antijurídica no pudiendo constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de los derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio. Tal es el caso de un policía que detiene a un sospechoso cuando hay motivos reales y razonables, su conducta no será antijurídica como lo sería en ausencia de esos motivos como el delito de detención arbitraria.

**b) Racionalidad del medio empleado para repeler la agresión.**

Si bien la agresión antijurídica es un presupuesto que fundamenta la situación de defensa necesaria, este no es el único. Así, en la situación de defensa necesaria han de existir procedimientos o múltiples procedimientos ex ante objetivamente idóneos para evitar la realización del peligro inherente a la agresión. De esta manera, un procedimiento defensivo solo será considerado necesario cuando sea idóneo, conforme al baremo objetivo ex ante, para evitar el peligro amenazante.

Pues, necesaria es toda defensa idónea, y por idónea se entiende lo que el Tribunal Federal alemán entendió: "medios objetivamente eficaces que permiten esperar con seguridad la eliminación del peligro". La necesidad debe apreciarse por el juez desde una perspectiva ex ante, colocándose en la posición del agredido en el momento en que sea inminente o se inicie la agresión. La especie y la medida de la defensa deben ajustarse a la rapidez y a la intensidad de la agresión, el carácter inesperado o no de la misma, las características del agresor, los medios que tenía a su alcance el agredido, así como su estado de ánimo. Tras la reforma del literal b) del N° 3 del artículo 20 del CP, mediante la Ley N° 27936 del 12 de febrero de 2003, se tiene que la racionalidad de la defensa del agredido no requiere que los medios sean proporcionales. Ello no deja de ser correcto en principio, pues la racionalidad del medio no puede someterse al principio de "proporción equitativa", ya que la agresión generadora de la defensa puede sorprender a personas de diversa naturaleza, y que a su vez dispongan de diferentes medios para defenderse. La racionalidad del medio no está, por consiguiente, referida al medio empleado por el agresor, sino a las posibilidades de defensa del agredido. Claro está, si el atacado dispone de diferentes medios para reaccionar, entonces sí es necesario que utilice el menos grave o menos lesivo de ellos, dentro de los que sean suficientes para evitar o repeler la agresión, como expresa el citado texto legal.

Ahora, ¿el requisito de la racionalidad solo se limita al medio?, ¿por qué no se extiende a la defensa misma? Un análisis literal de la norma podría conducir a entender que la exigencia de racionalidad se restringe a los medios para repeler o evitar la agresión. Pero desde una perspectiva sistemática, no cabe sino entender que la racionalidad debe alcanzar todo al ámbito de la defensa. Por ejemplo, ante el ataque de un niño de siete años con los puños, no hay necesidad racional de defensa propiamente dicha, basta esquivarla. De este modo, hay que distinguir entre la necesidad de defensa, esto es, si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos,

también denominada necesidad en abstracto, y la necesidad del medio defensivo empleado, también denominada necesidad en concreto. Como se indicó antes, el legislador ha establecido los parámetros que debe seguir el juzgador al momento de determinar si concurre la necesidad racional del medio empleado: la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios disponibles para la defensa. Se excluye así, como criterio de valoración, la proporcionalidad de medios. Lo que era innecesario, puesto que en primer lugar, cuando se utilicen medios proporcionales, estaremos en la mayoría de casos ante un medio racional. Y en segundo término porque no era necesario que el legislador trate de "cerrar" un concepto que es necesariamente abierto, el de "necesidad racional del medio empleado", y que está ampliamente desarrollado en la doctrina.

Así, la defensa solo se justifica cuando existe una "racional" adecuación entre el acto agresivo y el acto de protección. Todo aquello que desborda el contenido material del principio de menor lesividad, entendido como límite objetivo del ámbito justificador de la defensa necesaria, será formalmente antijurídico. Si ello ocurre entonces nos encontraremos frente a la llamada legítima defensa imperfecta, en tanto conlleva sobrepasar las exigencias de licitud de la conducta defensiva, superándose los límites permitidos a la reacción, de modo que se aprecie no un exceso en la causa sino un exceso en la cantidad de respuesta. Estos casos merecen el tratamiento previsto en el artículo 21 del CP para las eximentes incompletas, es decir una atenuación de la pena aún por debajo del límite legal.

**La racionalidad de la defensa:** La defensa la conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria y por ende racional es decir la adecuada para impedir o repeler la agresión, esta defensa debe ser idónea y representar el medio menos perjudicial para el agresor. En ese sentido, debe tenerse en cuenta la totalidad de los datos personales y circunstancias que radiaron al agresor y a la defensa: 1 la intensidad del ataque, 2 la peligrosidad, 3 medios disponibles para la defensa. Ejemplo será

racional aquella defensa del que es agredido con un puñal si lo único que tenía para defenderse era un arma de fuego. La racionalidad de la defensa permite excluir aquellas conductas supuestamente defensivas que son abusivas, grotescas, insoportables o innecesariamente desproporcionadas un ejemplo de desproporción es dar muerte al ladrón que huía en el conocimiento que la bolsa que sustrajo estaba vacía. La racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad en el caso concreto y no en el medio a utilizar. Ejemplo resulta no menos irracional, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable. El ladrón 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 será que este utilice el arma, pero solo de manera necesaria para conjurar el peligro. Sin duda menciona Peña menciona que: “la proporcionalidad del medio no habrá que comprobar ex post, sino habría que evaluar al momento de los hechos (ex ante). En consecuencia a pesar de que a posteriori se compruebe que el medio no era racional, podrá admitir la legítima defensa”.

c) **Falta de Provocación Suficiente.**

El literal c) del N° 3 del artículo 20 del CP exige la "falta de provocación suficiente" de quien se defiende. Así, quien ejerce la defensa, propio o de un tercero, no debe de haber provocado o intervenido en la provocación. La provocación, como conducta que perjudica a su autor, debe tener necesariamente un significado subjetivo. Desde este punto de vista, la provocación exige la falta de inocencia del autor. No basta la imprudencia determinante o estimuladora de la agresión porque aunque en este caso la génesis no se encuentra en el propio agresor, la conducta del autor carece de la base subjetiva indispensable para reprocharla como obra suya. Así, por ejemplo, una "broma pesada" o una revelación inoportuna de la intimidad, se

dirigen al hecho calificable como tal, pero no abarca sus consecuencias. Por tal motivo, ella no puede acarrear la agresión de quien la soporta, no deslegitima subjetivamente la ulterior defensa de quien soporta la agresión contra su persona o sus derechos, así como no enerva la defensa de su libertad sexual los actos de coquetería de la mujer que incitaron a quien luego la agredió sexualmente. Sin embargo, existen problemas por delimitar, como qué se entiende por provocación suficiente. La suficiencia de la provocación lleva el problema a una dimensión aún más compleja, la búsqueda de una "proporción" entre provocación y agresión del provocado al provocador. Así, la exigencia legal de este requisito puede ser perturbadora, más aun si observamos que en los casos de legítima defensa de terceros no importará que el agredido/defendido haya provocado la agresión ilegítima, pues la legislación peruana, como la de muchos países, solo exige que no haya existido provocación por parte de quien ejerce la defensa.

Con ello, al menos de *lege lata*, parece difuminarse el fundamento de la exigencia de no provocación, aunque en los casos de provocación suficiente realizada por un tercero que se beneficia de la defensa de otro, podrá cuestionarse la propia ilegitimidad de esa agresión que fundamenta la defensa y, por tanto, la exclusión de responsabilidad penal. La posible solución de los casos de falta de provocación en el marco de la agresión ilegítima y la defensa necesaria, condiciones necesarias para justificar la defensa y la exclusión de pena, respectivamente, permite comprender que en el Derecho comparado no siempre se regule la exigencia de falta provocación, como se observa por ejemplo en el artículo 32 N° 6 del CP colombiano de 2000 ("Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.”)

Cuando no hay provocación suficiente no puede haber agresión legítima por parte del provocado y será éste el injusto agresor. Si hay provocación suficiente, el provocador no puede ampararse en la legítima defensa si el provocado comete una agresión ilegítima. La riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa, en el duelo ambos son agresores ilegítimos y provocadores suficientes.

La falta de provocación suficiente, de parte del defensor nos coloca en la posibilidad -que buena parte de la doctrina reconoce- de aceptar el llamado exceso en la causa y el pretexto de legítima defensa.

Sin embargo no podemos dejar de hacer notar, la confusión que ha generado el tratamiento de esta cuestión. Tanto es así que en los últimos proyectos de reforma del Código Penal Argentino se ha propuesto suprimir este requisito del texto legal - el mismo ya ha sido eliminado de alguna legislación cito verbigracia la ley de Costa Rica.

En pocas palabras la mayor dificultad reside en lo complejo que resulta escindir la llamada falta de provocación de la agresión ilegítima.

Jiménez de Asúa fue quien identifica este requisito de falta de provocación con el hecho de que quien se defiende no debe a su vez haber desencadenado una agresión ilegítima que determine la reacción de la víctima. Más tarde se retractó.

En este orden de ideas resulta paradigmática la opinión de Sebastián Soler, en efecto el destacado jurista argentino no acepta la tesis de identificar la falta de provocación suficiente de quien se defiende, con agresión ilegítima anterior de quien se defiende dice al respecto – Derecho penal Argentino tomo I – esta tesis presenta la deficiencia de interpretar la disposición

exactamente de la misma forma en que habría de ser interpretada si el tercer apartado del inciso no existiera y como en otros códigos los únicos requisitos de la legítima defensa fueran los dos que la doctrina reconoce agresión y necesidad, puesto que provocación suficiente no otra cosa quisiera decir que agresión.

En consecuencia en palabras del autor antes citado para hacer lugar a la justificante es necesario que el defensor además de no haber sido agresor no resulte provocador.

De la misma manera enseña Soler, que no resulta correcto afirmar que siempre que haya habido provocación, no puede haber defensa necesaria, será imprescindible que sea suficiente no a efecto de justificar la reacción de quien se defiende sino para excusarla, es el caso de quien habiendo provocado suficientemente la agresión repele una reacción en exceso del provocado.

Siendo así, no resulta desacertado interpretar el requisito de falta de provocación suficiente, como excluyente de la defensa necesaria, cuando del defensor hubo una agresión ilegítima preliminar.

También en la legislación argentina se niega la autorización de defenderse a quien ha resultado ser el provocador de la agresión, esto por cuanto se entiende que nadie está obligado a soportar lo injusto, empero siempre que no haya provocado la reacción al injusto del otro con su propio proceder, esto es con provocación suficiente, en función de que el derecho desvalora esta conducta de forma tal que hace caer el derecho de defensa legítima.

En relación con lo suficiente de la provocación afirma Zaffaroni la suficiencia dependerá de dos caracteres uno positivo y otro negativo. El carácter positivo está dado por la previsibilidad del desencadenamiento de la agresión, es decir la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante, luego agrega esta

previsibilidad debe estar dada de forma tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta.

El carácter negativo de la suficiencia, continua el autor, se deriva también de su propio fundamento, la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede obligar a soportar lo injusto.

Dentro de este marco de referencia consideramos acertado resaltar, que a fin de ponderar lo suficiente de la provocación, no cabe la posibilidad de fijar un catálogo de pautas genéricas, puesto que precisa de la valoración del caso concreto que deberá juzgar.

Se comparte el pensamiento de Zaffaroni, cuando afirma, que no puede hablarse de exceso en la causa, el exceso en las eximentes no debe confundirse con el esquema de eximentes incompletas del código español, en consecuencia no puede compararse el sistema de las eximentes incompletas como atenuantes del código español, con el artículo 35 del código penal argentino. (ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.)

Ahora bien una corriente científica que bien podemos considerar dominante entiende, que este requisito no resulta fundamental, ya que si el mismo es el único que no está presente cabe la posibilidad de la atenuación de la eximente incompleta.

De este modo viene a colación el pensamiento de Luzón Peña, quien afirma, “concorre provocación suficiente cuando la misma hace desaparecer la necesidad de defensa del derecho por el provocador, lo que a juicio del autor, solo puede acaecer en la riña mutuamente aceptada o el duelo en tal caso los participantes renuncian a la protección del orden jurídico por lo que no pueden aparecer legitimados para defenderlo.”

Consecuentemente de los casos que cita el autor está ausente tanto la provocación suficiente, tanto como la necesidad de defensa.

Asimismo entendemos que cualquier interpretación de esta regla excluiría de la defensa necesaria la llamada provocación intencional, es decir la que produce el sujeto con el fin de determinar a la agresión de parte del provocado y así actuar en defensa propia, en casos como el reseñado la doctrina alemana excluye la posibilidad de legítima defensa justificante.

Esta y otras cuestiones, que merecerían un tratamiento pormenorizado que excede con creces el objetivo propuesto en el presente trabajo, nos llevan a considerar que el término provocación suficiente podría sin desmedro de los textos legales ser reemplazado por provocación adecuada.

## CAPÍTULO III

### LEGISLACION NACIONAL

#### 3.1. **NORMATIVA NACIONAL.**

La “legítima defensa” se constituye en una “causa excluyente de antijuricidad” o “causa de justificación”, prevista en el artículo 20, inciso 3, del Código Penal (norma permisiva), generando una exención de responsabilidad penal de cumplirse con todos sus requisitos. Esta institución jurídico-penal tiene suma importancia, de ahí su reconocimiento a nivel constitucional, prevista en el artículo 2, inciso 23, de la Constitución Política del Perú de 1993.

- Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2, inciso 23: La legítima defensa.
- Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N 635, (promulgado el 03 de abril de 1991 y publicado el 08 de abril del mismo año), Capítulo III Causas que eximen o atenúan la Responsabilidad Penal, Artículo 20, Inimputabilidad, incisos 3, 8 y 11:

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 impedir la 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 quien hace la defensa; Texto del literal según modificatoria efectuada mediante el artículo 1 de la Ley N° 27936 del 12/02/2003, Con la colaboración de

Eduardo Alcócer Povis, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Código Civil Peruano, Decreto Legislativo N 295, (promulgado el 25 de julio de 1984), Artículo 1971, inciso 2:

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

2- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

- Código de Justicia Militar Policial, Decreto Legislativo N 961, (publicado el 11 de enero del 2006), Artículo 19, Inciso 6:

Están exentos de responsabilidad penal y de pena:

6- El que en ausencia de conducta actúa violentado por una fuerza física irresistible.

- Ley N° 27936, Ley de condiciones del ejercicio de la legítima defensa, publicado el 12 de febrero del 2003.

Artículo 1°.- Modifica legítima defensa

Modificase el artículo 20° numeral 3, literal b) del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 20°.- Causas eximentes

Está exento de responsabilidad penal:

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.”

### 3.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL

#### **Legítima Defensa: Elementos y Fundamento:**

**(Sentencia 29/08/00. 3°SPC-CSJ Lima. Exp. 905-93 (Rojas, pág. 444).**

Para que proceda la causa de justificación de la legítima defensa deben concurrir sus elementos configurativos: a) la agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; por consiguiente, al concurrir los elementos de la mencionada causa de justificación, desaparece así la anti juridicidad de la conducta, no existiendo ninguna posibilidad de imputación del resultado a quien actúa en su defensa sin crear la situación de conflicto.

Al concurrir los elementos de la legítima defensa la conducta de quien hace la defensa debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en que se desarrolló la agresión y la respuesta frente a ella, desapareciendo así la anti juridicidad de la conducta, más aún porque, (quien es responsable de la creación de una situación de conflicto, debe soportar las consecuencias de su actuación antijurídica (Jakobs).

"Si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, empleando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa".

**Comentario:** En este caso para el criterio jurisdiccional de aquel entonces se basaba en la doctrina que predominaba en la que se acogía la figura de la proporcionalidad, la misma que se cambió con la modificatoria del art. 20 del Código Penal hecha en 12 de febrero del 2013 mediante la Ley N° 27936, proporcionalidad que al parecer halló el juzgador al momento de emitir la sentencia.

**CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N.º 1392-2014, HUÁNUCO**

**Sumilla:**

Existe suficiencia de pruebas para arribar a la condena del acusado. En el caso de autos, se aprecia que el Colegiado Superior determinó que se satisficieron las exigencias constitucionales para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al acusado, por lo que la decisión de condena se encuentra debidamente sustentada y justificada en prueba suficiente y cierta.

**Fundamento destacado: Décimo segundo.**

*En el caso de autos, se advierte que no se configura la legítima defensa en la conducta efectuada por el acusado Manuel Espinoza Aguirre, pues no medió una agresión ilegítima, inminente ni actual por parte de la víctima, para que se encuentre justificada su muerte, en tanto que con las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos quedó acreditado que el perjudicado Armando Hilario Capcha en ningún momento agredió física ni verbalmente al acusado Manuel Espinoza Aguirre y que fue este quien, por el contrario, se acercó, conjuntamente con su hermano Manuel Espinoza Aguirre, al lugar donde se encontraba la víctima y luego de insultarla con palabras soeces, la empujó, la derribó al suelo, empezó a atacarla y cuando vio que se cayó al suelo el cuchillo que el perjudicado tenía en su poder, lo cogió rápidamente y se lo incrustó en diversas partes del cuerpo.*

## CAPÍTULO IV

### DERECHO COMPARADO

#### 4.1. ESTUDIO COMPARADO CON OTRAS LEGISLACIONES

A continuación se hace una comparación sobre la legislación comparada en ciertos países. Comparación que se hace de la siguiente manera:

#### LEGISLACIÓN COLOMBIANA

**Matiz, D.** (2019) Especialista en Derecho Penal y Magíster en Criminología y Sociología Jurídico Penal en Colombia, señala lo siguiente en su blog: “Veo en la fragmentación del delito en los tres elementos, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres épocas humanas”, advirtió, hace ya varias décadas, uno de los más grandes dogmáticos de la tradición jurídica alemana: Hans Welzel.

Esta misma tradición dogmática aparece reflejada en el artículo 9º del Código Penal (L. 599/00), cuando prescribe que para que la conducta de un ser humano pueda considerarse punible (es decir, que merezca castigo) tiene que cumplir tres requisitos: que sea típica, antijurídica y culpable.

La tipicidad hace referencia a que la ley penal debe definir de manera previa, inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de todo tipo penal. La antijuridicidad, por su parte, se refiere a que la conducta del sujeto activo del delito lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal: por ejemplo, la vida, la integridad personal o el patrimonio. La culpabilidad, como tercer y último requisito de la conducta punible, se refiere a que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

La ley penal consagra, sin embargo, algunas excepciones a la punibilidad, cuando el sujeto activo comete un delito o conducta punible. La legítima defensa es un ejemplo de estas.

### *Causal de justificación*

Frente a determinadas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, la legítima defensa justifica la responsabilidad de quien con su conducta realiza la descripción típica de cualquier dispositivo penal, como, por ejemplo, matar a alguien para defender la propia vida. Parafraseando a Roxin, una causa de justificación puede definirse -o más bien se reconoce- cuando presupone que dos intereses colisionan entre ellos, de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse.

Luego, apunta el tratadista germano, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de aquellos intereses en conflicto. Siguiendo esta dirección, cabe precisar cómo la idea de autoprotección de cada ciudadano tiene plena relevancia para el Derecho Penal moderno y, siguiendo a Kühl, “el fundamento de la legítima defensa está en la idea de autoprotección y en la legitimación que tiene cualquiera para poder defenderse a sí mismo y defender sus bienes jurídicos individuales”.

Como se anticipaba, quizá el ejemplo paradigmático de las causales de justificación se encuentre representado en la legítima defensa, figura insigne de la cual con seguridad todos hemos escuchado por estos días. El artículo 32 del Código Penal regula algunas de las hipótesis normativas (a través de sistema numerus apertus) de ausencia de responsabilidad penal. En términos puntuales, el numeral 6º del precepto normativo citado prescribe, utilizando términos genéricos, que “no habrá lugar a declarar responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

### ***Peligro inminente***

Descendamos la mirada sobre uno de los posibles escenarios: el caso típico del sujeto que es víctima de un atraco con arma de fuego y ante el inminente peligro de perder su vida, estando armado, dispara contra su agresor y le causa la muerte.

Haciendo manifiesta la objeción de Hart sobre la textura abierta del Derecho y superando el debate acerca de si las reglas pueden o podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas, nadie puede desconocer hoy que, frente a tal hipótesis, el operador judicial tendrá que realizar un ejercicio de elección en la aplicación de las reglas generales para resolver si acusa o absuelve. Este ejercicio de elección, muchas veces, resulta no ser una tarea sencilla. Menos aun tratándose de casos difíciles o límite. En aras de delimitar -o más bien con la intención de ilustrar- la resolución de posibles escenarios futuros, la jurisprudencia viene de tiempo atrás construyendo sus doctrinas pretorianas para ilustrar cuáles deben ser los requisitos estructurantes de la legítima defensa.

En efecto, por medio de reiterados fallos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los ha delineado a través de los siguientes corolarios: (i) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; (ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o, sin duda alguna, vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; (iii) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; (iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados, y (v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.

### *Otros casos*

Los elementos descritos pueden verse reflejados en casos de homicidio o lesiones personales en los cuales el sujeto activo realiza o despliega el comportamiento prohibido, para custodiar su vida o integridad personal ante un ataque inminente. Surge en estos eventos de manera palmaria la colisión de intereses entre la vida del agredido y la de su agresor, y la elección de quien es agredido sin justa causa dependerá de aquello que haga u omita en caso de colisión de intereses.

No cabe duda, entonces, de que quien comete un homicidio actuando al amparo de una causal de justificación de responsabilidad, como la legítima defensa, no puede ser declarado culpable, siempre que se demuestre la concurrencia de los elementos estructurantes delineados por la doctrina y la jurisprudencia. Por supuesto, la decisión en cada caso concreto difícilmente puede anticiparse, ya que, citando de nuevo a Hart, “atinar sobre el futuro sería asegurar un grado de certeza o predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora”.

Así, en estos casos, la actividad del operador judicial siempre debe orientarse a verificar, de acuerdo con la situación fáctica que se le represente a través de las pruebas, la concurrencia de los requisitos que componen la legítima defensa; ello para determinar si el ciudadano que se sitúa como posible responsable ante su estrado debe ser o no declarado culpable. Y esto dependerá, en gran medida, del examen juicioso que de la evidencia y elementos materiales de prueba realice al momento de reconstruir, con método científico y actitud disciplinada, el pasado que se le pone en conocimiento a través de los medios probatorios.

Por ello, acudiendo al aforismo latino, el juez siempre nos precisa: “dame los hechos, que yo os daré el derecho”.

## LEGISLACIÓN URUGUAYA

**Langón, M.** (2017) ex docente universitario de la Universidad de Montevideo, explica que, **El artículo 26° del Código Penal dispone las condiciones para que no se impute a una persona que se defiende de un ilícito.** “Se hallan exentos de responsabilidad el que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias siguientes: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño, y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

El que se defiende debe emplear para ello medios racionalmente necesarios para su defensa, lo que no equivale exactamente a medios proporcionales, de forma y modo que, en ciertas circunstancias, puede, por ejemplo, quitar la vida o atacar la integridad física de alguien para defender su propiedad o su libertad, bienes ontológicamente inferiores a los vulnerados por el defensor.

El agredido en legítima defensa, se ha dicho, puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión.

En cambio, en el caso del cumplimiento de la ley (y en del estado de necesidad), se requiere obligatoriamente la proporcionalidad, y una serie de requisitos que rodean de garantías el actuar de la administración.

Asimismo, recopila las exposiciones a cargo de magistrados penales en territorio uruguayo, enfocándose en las cuestiones actuales sobre la legítima defensa y buscó contestar algunas preguntas tales como ¿Cuándo mi reacción ante una agresión ilegítima está comprendida en la causal de justificación de la legítima defensa?, ¿Tengo que probar que actué en legítima defensa? ¿Tengo

que probar que actué en la creencia de que se daban las condiciones de la legítima defensa?, ¿Cómo he de proceder cuando me encuentro envuelto en una situación de legítima defensa real o putativa?, ¿Cómo proceden los fiscales en estas situaciones?

En particular, se refirió a la Legítima defensa putativa que se configura cuando la situación no es real sino imaginada. La persona supone que va a ser víctima de una agresión. Aún en ese caso se configura la legítima defensa.

En cuanto a la pregunta de cómo uno debería actuar ante una situación de legítima defensa estableció que la persona tiene derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse:

*“el imputado tiene el derecho a no ser obligado a declarar, ni auto incriminarse. Está obligado a comparecer, cuantas veces sea citado o conducido por orden judicial, pero esto no implica que deba declarar en ninguna de las etapas del proceso penal”.*

Sin embargo estableció que en estas situaciones “su testimonio puede ser decisivo para convencer al Juez de que usted obró en legítima defensa o en la creencia de que se daban las condiciones de legítima defensa, es conveniente que brinde su declaración sobre lo que ocurrió en el incidente en cuestión”.

Destacó que:

- Es el testimonio del imputado y de los testigos presenciales tiene una importancia crucial en el esclarecimiento de los casos de legítima defensa real y putativa.

A su vez en:

- La valoración de los testimonios se ha de tener en cuenta los hallazgos de la psicología.

En este sentido

- El testimonio del testigo ocular se ha tornado una de las áreas más investigadas en el campo de la psicología aplicada. En las últimas tres décadas, grandes pasos se han hecho en la comprensión de los muchos factores que influyen en la memoria de los testigos.

Se recomienda asistir a la memoria recordando y evocando el contexto y poco a poco tratar de recordar frases, gestos, etc. Se recomienda también escribir lo que se recuerde, sin maquillar los hechos: relatar en forma lo más objetiva posible.

Se recomienda no hablar con otros testigos ni con los medios de comunicación. El Juez se basa en esos testimonios y también en otras pruebas científicas y tiene que dilucidar la objetividad de los testimonios.

Se hizo referencia al caso del comerciante que mató a dos jóvenes, y estableció en ese momento que es correcto considerar, como se hizo en el requerimiento fiscal de archivo, una hipótesis de error esencial excluyente del dolo, el cual siendo invencible, en las circunstancias del caso, es excluyente de la culpa.

Por último expresó las dificultades que se presentan para los fiscales a la hora de actuar en estas situaciones ya que no hay un protocolo de actuación para estos casos, algunos participan en la indagatoria preliminar al imputado y testigos presenciales, otros no. A su vez en la valoración de los testimonios muchos fiscales se basan solamente en lo que consta en las actas escritas, sin tener en cuenta la impresión personal directa de la evidencia.

## **LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**Benavides-Benalcázar, M.** (2019) menciona en su artículo científico que, la legítima defensa, se refiere a una concesión del Estado al individuo para proteger sus derechos, es decir el uso de la violencia privada por parte del ciudadano para precautelar un bien jurídico protegido, cuando éste puede ser gravemente vulnerado, siempre y cuando exista necesidad de defenderlo y la agresión inminente sea actual e ilegítima, que el medio utilizado sea el racional para repelerla, y que no exista provocación suficiente de quien se defiende. En mención de lo que se expresa como una concesión del estado, es pertinente recalcar por lo expuesto a los resultados obtenidos, que a necesidad es el elemento principal para que exista dicha concesión, tal es la esencialidad del concepto de antijuricidad, que está constando uno de los elementos principales del delito, siendo este un hecho típico, antijurídico y punible, pues si no cumpliera con alguno de estos elementos, un hecho no puede tener la configuración de delito. La necesidad que tiene la víctima para defenderse ante la inminente afectación de un bien jurídico protegido, ejercida por el victimario, en cuyo caso la intervención oportuna de la persona que se defiende evita la lesividad de ese bien jurídico.

Para que exista agresión ilegítima debe representar un injusto en los términos del hecho punible, siempre que la agresión venga del sujeto activo de la infracción y la legítima defensa sea ejercida en ese mismo instante por parte de la víctima o de la persona que se defiende. Uno de los elementos del delito es la antijuricidad, al referirse a una acción que está contra el ordenamiento jurídico, dicho de otra manera, es la amenaza o lesión, sin causa justa, a un bien jurídico protegido por la ley penal. No existe antijuricidad y por ende infracción penal, si la conducta típica, es justificada en la aplicación del estado de necesidad o en la legítima defensa, siendo éstas dos figuras jurídico-penales, eximentes de responsabilidad penal.

Es preciso diferenciar el estado de necesidad de la legítima defensa, el primero no requiere que exista una víctima de agresión en curso, ni una persona agresora de quien defenderse, implica el sacrificio de un bien jurídico considerado de

menor valoración objetiva (ponderación), se habla del interés social de la acción salvadora; mientras que en la segunda, si hay agresión ilegítima de una persona a otra, puede sucumbir el bien jurídico protegido más importante (no ponderación), se trata de un interés particular, que en este caso es del que se defiende ante una agresión inminente de quien violenta el derecho del primero.

Existe cierta controversia respecto a que si la agresión ilegítima que atenta contra un bien jurídico protegido, debe ser siempre dolosa o solamente culposa (incumplir el deber objetivo de cuidado); para que proceda la legítima defensa, la ley solamente exige que sea antijurídica, ante esta realidad, tanto las conductas dolosas como culposas son antijurídicas, otro tema en discusión es si dicha conducta se realiza o no con voluntad y conocimiento, y si el punto de vista de quien va a ejercer la legítima defensa se basa en juicios objetivos o subjetivos. Todos estos aspectos en debate, hacen que la legítima defensa sea una institución jurídica – penal controversial. Es ineludible que la acción defensiva sea racionalmente necesaria, sin que el daño que se produzca de la protección del bien jurídico que se defiende, sea mayor al necesario para impedir o repeler el ataque. Si la víctima fue quien induce a la agresión, no cabe que para eximir su culpabilidad por el daño ocasionado, argumente la existencia de legítima defensa, pues constituye un requisito esencial la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, porque de no ser así, no se estaría frente a una legítima defensa, a pesar de encontrarse los otros dos requisitos que forman parte de esta institución jurídico penal, en consecuencia, es necesario que se cumplan las tres reglas expresamente determinados en la ley, a fin de que el fiscal, como titular del ejercicio público de la acción se abstenga de acusarle a la persona que se defendió y de esa forma el juzgador dicte un auto de sobreseimiento.

La legítima defensa es una figura jurídico-penal, que permite defender derechos propios o ajenos, siempre que se cumplan los requisitos expresamente determinados en la ley, es decir que el acto humano de parte del agresor y de la persona que se defiende cumplan los presupuestos de orden jurídico

determinados en el artículo 33° del Código Orgánico Integral Penal. Es indiscutible que la legítima defensa se encuentra regulada de manera diversa en las legislaciones penales de los diferentes países del mundo, por lo que, tomando en cuenta la globalización del Derecho como ciencia, es necesario realizar este tipo de investigaciones, para que luego de establecer diferencias y semejanzas, otorgar al legislador los elementos jurídicos pertinentes y así dicte leyes que protejan en igualdad de condiciones los derechos de las personas que se defienden.

## LEGISLACIÓN CHILENA

**Olivares, E.** (2013) señala que, el Código Penal chileno establece en su artículo 10 una serie de excepciones a la responsabilidad criminal. Una de ellas hace mención al “*que obra en defensa de su persona o derechos*”. No obstante, para que esto sea legítimo deben cumplirse ciertas circunstancias.

*“El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. **Agresión ilegítima**; Segunda. **Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo**; Tercera. **Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende**”, está exento de responsabilidad criminal (Art. 10 Código Penal).*

El artículo 10 del Código Penal chileno, en sus numerales 4, 5 y 6, señala los requisitos o presupuestos esenciales para que la defensa del agredido injustamente se encuentre legitimada. Para efectos de este trabajo interesa la figura básica descrita en el numeral 4, que dispone lo siguiente:

*“Están exentos de responsabilidad criminal: 4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: **Primera.** Agresión ilegítima. **Segunda.** Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. **Tercera.** Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.*

Este numeral se refiere a lo que comúnmente se ha denominado legítima defensa propia. Cada uno de sus presupuestos, con especial énfasis en la circunstancia

segunda recién transcrita, será objeto de breve análisis en los numerales siguientes.

a) ***La agresión ilegítima.***

Se ha sostenido uniformemente que la circunstancia primera del número 4 del artículo 10 del Código Penal se refiere a la concurrencia de una agresión ilegítima actual o inminente; complemento estos últimos que se derivarían de la última parte de la circunstancia segunda del mismo artículo, en cuanto habla de impedir o repeler la agresión ilegítima. En la actualidad es prácticamente conteste la doctrina nacional en señalar que esta agresión ilegítima actual o inminente se refiere a una conducta humana, activa u omisiva, dolosa o culposa, incluso inculpable, objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico. Que sea ilegítima viene a significar que sea antijurídica, sin que obste a ello que no sea típica. Es actual aquella agresión que se está ejecutando, en tanto la agresión al bien jurídico no se haya agotado totalmente; e inminente, en cuanto a que sea lógicamente previsible. Si bien algunos autores sostienen que ha de tratarse de una agresión grave, la mayoría afirma que no se exige gravedad de la agresión, pues “lo que hace legítima la reacción del ofendido no es la gravedad de la ofensa sino su injusticia”.

b) ***Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.***

Cousiño distingue –correctamente a nuestro entender– entre la necesidad de la defensa y la defensa necesaria, advirtiendo que por su similitud terminológica se confunden, pero, en definitiva, se trata de ideas bastante disímiles:

*“(la primera expresión) hace referencia al requerimiento mismo de que el agredido se encuentre apremiado para proteger su persona o bienes jurídicos, o la persona o bienes jurídicos de un tercero, ante el peligro en que se encuentran. El otro caso alude a la defensa que es necesaria para repeler la agresión antijurídica”*

El artículo 10 numeral 4 circunstancia segunda del Código Penal exige como requisito para que opere la legítima defensa la “Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”. Esto es, justamente, lo que Cousiño denomina defensa necesaria, que significa que en la acción de defensa “no deben utilizarse medios EXCESIVOS, sino únicamente aquellos que son REQUERIDOS para la protección (...) TODO EXCESO ELIMINA LA LEGITIMIDAD DE LA DEFENSA”. En este mismo sentido, sostienen los autores que la acción de defensa que configura la causal de justificación debe ser típica; de lo contrario, pasa a ser una mera defensa, irrelevante jurídico-penalmente.

Entendiendo entonces que la necesidad racional del medio empleado para defenderse no implica un cálculo aritmético de equivalencia entre los medios defensivos y de ataque sino su ejercicio efectivo y no excesivo, dentro de los objetivos del instituto, cabe plantear un problema de suyo relevante en la práctica, que dice relación con la forma de valorar o apreciar la concurrencia de esta circunstancia en el caso concreto. En este punto encontramos dos posturas antagónicas: Por una parte, aquellas que abogan por la valoración subjetiva de la circunstancia; y por otra, las que sostienen que tal valoración debe ser objetiva. Ni la una ni la otra entregan resultados satisfactorios.

c) *Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.*

Este presupuesto, descrito en la circunstancia tercera del número 4 del artículo 10 del Código Penal no ha de consistir en una verdadera agresión, pues en tal caso el provocado no sería agresor. Tal como sostiene **Novoa**, “Provocar significa irritar o estimular a otro de palabra o de obra para que adopte una actitud agresiva (...) será menester legalmente que la provocación sea suficiente, esto es, que baste para explicar humanamente el ataque que el provocado descarga en seguida sobre su provocador”. Se ha exigido, al menos, que esta provocación sea próxima e inmediata y de cierta

entidad o gravedad. Algunos autores precisan que la provocación puede ser dolosa o culposa, debiendo partir de quien se defiende.

## **LEGISLACIÓN ARGENTINA**

**Lazzaneo, J.** (2018) explica en su artículo: “*Legítima Defensa Privilegiada. Causa de Justificación en un contexto de Violencia de Género*” que, el fundamento de la misma responde a un aspecto colectivo de confirmación del derecho. Esta confirmación, desde un plano objetivista, responde a una concepción social, conforme a la cual su legitimidad deriva de la protección al orden jurídico en sentido general. Por el otro, la corriente subjetivista, refiere a un plano individual, asimilado a la autodefensa de toda persona ante una agresión contrario a la ley.

Conforme lo establece el artículo 34 inc. 6 de nuestro Código Penal los requisitos que se deben consignar a los efectos de poder situarnos ante un caso de legítima defensa son:

- Agresión ilegítima
- Racionalidad del medio empleado para repelerla o impedirla
- Falta de provocación suficiente por parte del defensores.

Ahora bien, habiendo precisado los requisitos de procedencia, debemos comenzar a examinar cuales son los factores que se añaden a este instituto para considerarlo “privilegiado”. Legítima defensa privilegiada o presuntiva. ¿En qué consiste la presunción a la que hace referencia la doctrina y jurisprudencia?

Entrando al análisis propio de este instituto, debemos agregar que se trata de supuestos donde la ley presume que se dan todos los presupuestos de la figura básica antes mencionada, cuando ello implica rechazo del escalamiento o fractura nocturna de morada o la resistencia de un extraño en el hogar.

Lo que no ha dejado en claro nuestro Código es lo relativo al grado o clase de presunción a la que se hace referencia. Esto es, si se lo considera *juris et de iure* (es decir, no admite prueba en contrario) o en su caso, si la interpretación que debemos realizar en cuanto al grado de presunción si la admite. Obviamente, la jurisprudencia es quien ha dado fin a la discusión considerando que se trata de una presunción que cede ante la prueba en contrario. Ello además resulta lógico atento a que generaría una incompatibilidad con los principios generales del derecho penal.

En síntesis, admitiendo que estamos en presencia de un caso de presunción *iuris tantum*, debemos observar las particularidades de cada caso, es por ello, que en el próximo apartado, donde introduciré la hipótesis pensada para este trabajo, evaluaremos si las circunstancias en que se suscitaron los hechos permiten subsumir el caso en un ejemplo de legítima defensa presuntiva.

El inconveniente que plantea esta presunción, es en relación a la falta de examen de las pautas generales del instituto y puntualmente, en caso de sucesos catastróficos -incendio o inundación-, incluso cuando desde el interior de la morada se oiga la voz de auxilio y sobretodo, cuando se conoce que del escalamiento o la efracción no existirá peligro.

De este modo vemos como los requisitos que están presente en la legislación penal actual de la nación argentina, en contraste con las problemáticas internacionales sobre derechos humanos también pueden verse afectadas y se sugieran eventuales reformas legislativas, a los fines sin lugar a dudas de limitar el poder punitivo estatal y realzar las condiciones humanitarias que debe latir en estos sistemas de derechos humanos. Puntualmente el concepción de la legítima defensa privilegiada necesita de la evolución de su concepto, logrando la creación de una plano preventivo que considera y evalúa la historia de vida de una persona, analiza el contexto en donde se realiza el hecho, dejando de lado los hechos aislados para definir qué es lo que se privilegia en una actuar permisivo contrario a derecho.



## CONCLUSIONES

Todos los países de habla hispana tienen normas contenidas en los Códigos Penales que regulan el ejercicio de la legítima defensa personal o de otras personas. Algunos inclusive reconocen este ejercicio en el plano constitucional.

En estos países el ejercicio de la legítima defensa es valorado de diversa manera. Para algunos es una forma de exclusión de delito (México), para otros simplemente es un acto no punible (Argentina). Sin embargo, para la mayoría de los países, es una forma de exención de responsabilidad criminal o penal (España, Chile, Perú y Colombia).

El desarrollo legal de la legítima defensa en todos estos países está orientado a proteger a la persona, los derechos o los bienes jurídicos propios o de terceros.

Existen coincidencias entre las circunstancias que se exigen para que sea válido el ejercicio de este derecho. La mayoría exige que se trate de una agresión ilegítima o injusta, que el medio que se emplee sea racional y que no haya habido provocación de parte de quien ejerce la defensa.

Existen otras circunstancias adicionales que se exigen dependiendo del país de que se trate. Por ejemplo en Colombia no necesariamente debe darse la agresión, sino basta con la existencia de un peligro inminente de que suceda.

En el Perú, el ordenamiento jurídico indica claramente cuáles son los requisitos o presupuestos para la configuración de una legítima defensa la misma que estando bien ejercida, será un eximente en la responsabilidad penal, caso contrario al ser imperfecta la defensa, ésta será a título de culposo.

## RECOMENDACIONES

Para que se dé la Imputación de un delito a una persona primero lo que se debe verificar es si dicha conducta es típica, y una vez verificada la tipicidad de la conducta debemos saber si esta es Antijurídica, es decir (contraria al Derecho), ya que existen conductas que podrían ser típicas, pero no siempre serán contrarias o prohibidas por el Derecho, un claro ejemplo es el tema que he desarrollado en esta ocasión “El Derecho a la Legítima Defensa”.

Otro punto y que es de suma importancia es diferenciar claramente una causa de justificación y una causa de inculpabilidad ya que ambas son distintas en pocas palabras, puedo indicar que una causa de justificación convierte un hecho típico, en un hecho lícito, pues destruye la antijuricidad de este acto típico, mientras que una causa de inculpabilidad el hecho siempre será típico, se destruye el dolo o culpa pues se destruye el nexo psicológico y ético requerido para la existencia del delito.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

### **LIBRO:**

ABAD, S. (2005). La constitución comentada. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

CHANAMÉ, R. (2007). La constitución política comentada. Cuarta Edición: Lima. Editorial Jurista Editores.

FERRERO, A. (2000). Doctrina y Jurisprudencia Penal: Lima: Editorial Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales.

LANGÓN, M. et al (2017) “legítima defensa”. U.M. Edictor. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo – Uruguay.

LEÓN, J. (2007). El código penal en su jurisprudencia. Lima: Editorial Gaceta Jurídica – Diálogo con la Jurisprudencia.

MESINAS, F. (2009) Diccionario Penal Jurisprudencial. Lima. Gaceta Jurídica S.A.

PEÑA, A. (2011). Derecho penal parte general tomo I. Lima: Editorial IDEMSA.

REÁTEGUI, J. (2016) Manual de derecho penal general. 1º edición. Volumen 2. Legales Ediciones. Lima – Perú.

RUBIO, M. (2011). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

VILLAVICENCIO, F. (2010). Derecho penal parte general. Lima: Editorial Grijley.

GÓMEZ, G. (2012). Jurisprudencia penal. Lima: Fondo Editorial PUCP.

GONZALES, C. (2006). Introducción a la parte general del derecho penal español. Madrid: Ediciones Complutense.

GUERRERO, V. (2008). La corte penal internacional como instrumento de los derechos humanos. Lima: Consejería Presidencias de los D.H.

FERRERO, A. (2004). Código penal comentado. Tomo I Título preliminar. Parte General. Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

MUÑOZ, F. (1996) Legítima defensa. Ediciones Didot. Buenos Aires – Argentina.

#### **WEB:**

BENAVIDES-BENALCAZAR, Merck (2019) La legítima defensa como causa de justificación o exclusión de la antijuricidad. Ciencias Jurídicas. Artículo científico. Edición N° 18. Vol. 3 N° 4. Polo del Conocimiento. Ecuador. Recuperado en:

<https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/download/440/pdf>

GÜNTHER, Hans Ludwing (1997) “La clasificación de las causas de justificación en derecho penal.”: En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal. (D. Luzón/S. Mir Puig. Coords) España. Recuperado en:

[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/673003/correa\\_florez\\_camila.pdf](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/673003/correa_florez_camila.pdf)

JIMENEZ de Asúa (2003) Tratado I – IV. Tercera edición. Legítima defensa. Revista digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Recuperado en:

<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/>

LAZZANEO, Juan (2018) Legítima Defensa Privilegiada. Causa de Justificación en un contexto de Violencia de Género. Revista pensamiento Penal. Buenos Aires – Argentina. Recuperado en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/>

MATIZ, David (2019) “Apuntes sobre la legítima defensa en Colombia”. Blog de David Matiz & Consultores. Bogotá - Colombia. Recuperado en:

<http://www.matizabogados.co/publicaciones/>

MESÍA, Carlos (2007) “El Proceso de Hábeas Corpus desde la jurisprudencia del tribunal constitucional”. En Diálogo con la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado en:

<https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle>

OLIVARES, Ernesto. (2013) Artículo: “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”. Política Criminal. Vol. 8 N° 15. Julio 2013. Art. 1., pp.1-22. Recuperado en:

[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A1.pdf)

SOLER, Sebastián (1987) Derecho Penal Argentino, t. I (actualizado por Guillermo J. FIERRO), Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Recuperado en:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992013000100001](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000100001)

VELÁSQUEZ, Fernando (2006). Derecho Penal, Parte general. Tercera edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. Recuperado en:

<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal>

VILLEGAS, E. (2015) Artículo: Elementos configurativos de la legítima defensa en el Derecho penal peruano. Derecho y cambio social. N° 32. Año XIII. Cajamarca – Perú. Recuperado en:

[https://www.derechocambiosocial.com/revista025/legitima\\_defensa.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista025/legitima_defensa.pdf)

ZAFFARONI, Eugenio (1999) Tratado de Derecho penal, parte general, tomo III. Buenos Aires – Argentina. Recuperado en:

<https://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/>