



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Carlos Aponte-Urbina

Piura, noviembre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

CARLOS GUILLERMO APONTE URBINA

**"EL EXCESO EN LA LEGITIMA
DEFENSA"**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de Abogado

2017

APROBACIÓN

Tesis titulada *"El Exceso en la Legítima Defensa"*, presentada por Carlos Guillermo Aponte Urbina en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Percy Raphael García Cavero.

Director de Tesis

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis pilares, las personas que me cuidaron desde que nací y a quienes les debo todo. Mis padres, Guillermo y María, por su gran apoyo en todos mis proyectos y para mi novia Kelly, quien fue fuente de inspiración y alegría para realizar esta tesis

A mi asesor de tesis, Dr. Percy Raphael García Cavero por el tiempo que empleó para guiarme en la elaboración de este trabajo de investigación, y por las enseñanzas que me transmitió.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	5
1.1 Concepto.....	5
1.2 Fundamento.....	6
1.3 Naturaleza.....	14
1.4 Elementos o presupuestos.....	17
1.4.1. La agresión ilegítima.....	18
1.4.2. Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión.....	26
1.4.3. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa	30
1.5 BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES.....	33

CAPITULO II: EL ELEMENTO RACIONAL COMO MEDIO PARA REPELER O IMPEDIR EL ATAQUE Y EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.....37

2.1 Defensa ofensiva o de contraataque.....37

2.2 Huida del ataque no forma parte del elemento de racionalidad.....39

2.3 La legítima defensa en las relaciones de garantía.....41

2.4 El exceso en la legitima defensa..... 45

2.5 La equivocada aplicación del criterio de proporcionalidad en la legítima defensa.....50

CAPITULO III: ANÁLISIS DE LOS CASOS LUIS MIGUEL LLANOS Y GASTÓN MANSILLA.....55

CONCLUSIONES FINALES.....69

BIBLIOGRAFÍA.....73

INTRODUCCIÓN

La legítima defensa es una de las causas de justificación de la responsabilidad penal más comentadas en la actualidad y a la vez controvertida, a raíz de los últimos casos vistos en los noticieros o diarios nacionales, en donde el agente trata de repeler una agresión o ataque, o defiende un bien jurídico propio o de terceros. La creciente ola de asaltos al paso y robos a mano armada, ha generado inseguridad en la población, dando lugar a que las personas actúen en legítima defensa ante las agresiones o ataques antijurídicos sufridos por los delincuentes, usando armas de fuego u otros medios para defenderse o evitar el ataque, y que podrían causarle daño o la muerte a su agresor. Además, existe algo de indignación y preocupación en las personas, ya que continúan con el pensamiento de que, con esta figura, se protegen a los delincuentes más que a las víctimas. Debido a que el propio Estado no puede estar en todos lados protegiendo a los individuos de una sociedad, se les permite a éstos utilizar la defensa privada de sus derechos individuales ante una posible agresión ilegítima de ellos, sin ir en contra del principio de que el Estado tiene el monopolio exclusivo sobre el uso de la fuerza pública, logrando el prevalecimiento del ordenamiento jurídico. Está regulada en el Artículo 20º inciso 3 del Código Penal y los presupuestos son los siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio

empleado para impedir o repeler la agresión y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Sin embargo, el tema de la legítima defensa, debe ser tratado con mucho cuidado, puesto que, si no concurren de manera conjunta los elementos o presupuestos establecidos en la ley, no estaríamos ante una causa de justificación, sino en un caso de legítima defensa imperfecta o exceso de legítima defensa, y por lo tanto no se eximiría de responsabilidad penal al que repele el ataque o agresión. Es, por ello, que los ciudadanos no están conformes con lo que se establece en esta figura jurídica y piden su reforma, ya que les parece injusto que, en algunos casos, una persona sea encarcelada por matar o lesionar a un delincuente al momento de defenderse, debido a que falta uno de estos tres requisitos. Pero lo cierto es que, como dije antes, los presupuestos establecidos en la ley deben darse en conjunto y se debe analizar caso por caso.

En este trabajo, me encargaré de hacer un análisis de los aspectos generales de la legítima defensa, tales como el fundamento, la naturaleza y los presupuestos o requisitos, desarrollados en el capítulo 1 en un marco general e introductorio. En cuanto al fundamento, la doctrina está dejando de lado poco a poco, la teoría del doble fundamento, debido a que no puede explicar algunos temas, referidos a la legítima defensa, dando como resultado que se inclinen por una nueva teoría, que es la competencia por el hecho, desarrollada por el profesor alemán Gunther Jakobs. Además, analizaré un punto muy importante y controversial en la jurisprudencia y doctrina nacional que ha dado lugar a varios tratados, que es la todavía errónea aplicación del criterio de proporcionalidad en la legítima defensa por parte de los fiscales. El criterio de proporcionalidad fue derogado en el año 2003, porque daba lugar a interpretaciones erróneas. En el capítulo 2 voy a ocuparme de la necesidad nacional de la defensa, sentando el análisis, específicamente, en

el tema del exceso de la legítima defensa, en sus formas de exceso intensivo o exceso en la defensa y exceso extensivo o exceso cronológico. Y, por último, en el capítulo 3, trabajaré dos casos que fueron muy comentados en estos últimos años, dando lugar a decisiones judiciales diferentes. Se analizará en qué casos no es racional el medio empleado para reprimir el ataque o agresión por parte del atacante, dando lugar a un exceso de legítima defensa, por lo que sí habría responsabilidad penal y, por lo tanto, una pena de por medio.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

1.1 Concepto

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.¹ 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. Se requiere no traspasar la necesidad de la defensa y que, para impedir o repeler la agresión, los medios empleados deben ser racionales. Como puede verse, la legítima defensa supone dos actos de organización: por un lado, el acto de organización de agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa; este último constituye una *actio duplex*, en la medida que puede verse

¹ Reátegui Sánchez, James. Manual de derecho penal parte general, p. 602.

como una afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes.²

1.2 Fundamento

Algunos autores afirman que la legítima defensa es un derecho natural, innato y tan antiguo como el hombre, así como la concepción de que la legítima defensa se enraíza en algo tan profundo como el instinto de conservación del hombre, por lo que el fundamento sería de sentido común: se defiende al atacado porque se le ataca injustamente, poniendo en peligro su vida, y no tiene otro remedio que defenderse en el momento.³ Este fundamento establece que es natural en las personas defenderse ante un peligro inminente contra su vida, es inherente a los seres humanos hacerlo, ya que es algo que está en su interior y que se concreta producto de la agresión. Sin embargo, este fundamento va de la mano con otro que establece que la legítima defensa está justificada porque la ley lo establece, por lo que esto le agregaría la legitimidad a algo tan innato al hombre, ya que regularía los aspectos, presupuestos y los límites de la legítima defensa.

Otros autores ven el fundamento de la justificación de la defensa en la imposibilidad de protección por parte del orden jurídico, concretamente de los órganos estatales; es decir que la defensa del particular es lícita porque el Estado no puede impedir la agresión injusta.⁴ El poder público es el encargado de la protección de los bienes y derechos de las personas, pero cuando esta protección no puede darse o es nula, se deja a los mismos

² García Cavero, Percy. Lecciones de derecho penal parte general, p. 479.

³ Luzón Peña, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, p. 30.

⁴ *Ibidem*, p. 30.

ciudadanos para que ellos mismos hagan la defensa, claro está con ciertos límites o algunos requisitos establecidos en la ley.

Esta postura es la llamada tesis individualista, la cual postula que el bien jurídico del agredido tiene mayor valor que el del sujeto agresor, por lo que el Estado le da los mecanismos necesarios para que conserve su propia esfera organizativa. La legitimación del Estado consiste en su deber de proteger los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones de otros, pero hay veces que dichas intromisiones son ilegales y repentinas y no puede ofrecer protección, por ello el hombre puede ejercer su derecho primigenio de defensa, es decir la obligación a no dejarse lesionar cuando existe un ataque antijurídico.⁵ En esta postura se desarrolla otra premisa, en donde se afirma que no será necesaria la defensa que hace el individuo, cuando el Estado pueda intervenir, es decir, la defensa no será necesaria cuando sea el propio Estado quien proteja los bienes jurídicos de los particulares. Hay quienes no están de acuerdo con lo mencionado en dicha postura, ya que la necesidad de defensa nace desde el momento en que hay una agresión ilegítima, que pone en peligro un bien jurídico protegido por el Ordenamiento, aunque el propio Estado pueda intervenir. Habrá una necesidad de hacer algo para defender el bien jurídico en peligro, por lo que no será ilegítima esa actuación.⁶ Pero el Estado no puede estar en todos lados, protegiendo los derechos de los ciudadanos, ya que en algunas ocasiones le es imposible, por lo que es justificada esta necesidad de protección por parte del sujeto mismo sin llegar a afirmar que su actuación es ilegítima o antijurídica.

Otra corriente doctrinaria postula que el fundamento de la legítima defensa es el interés o necesidad del prevalecimiento del

⁵ De La Torre Benítez, Ángela. Una aproximación a los límites a la legítima defensa, pp. 21 y 22.

⁶ Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel. Op. Cit, p. 64.

Derecho, del orden jurídico como un todo. Se trata del prevailecimiento del orden jurídico frente a la agresión antijurídica. Estamos frente a la tesis supraindividual. Lo que caracteriza y justifica la defensa es la preferencia, el peso que corresponde a la validez o vigencia empírica del orden jurídico.⁷ Ello significa que la protección de un bien jurídico particular, también es la vigencia del ordenamiento jurídico, es decir la afirmación del Derecho. Este sector doctrinal entiende que el agresor no solo pone en peligro los intereses de la víctima individualmente considerados, sino también la paz social y la estabilidad misma del orden jurídico.⁸ Por lo que la legítima defensa, para esta doctrina, servirá para hacer prevalecer el ordenamiento jurídico o el mismo Derecho frente al injusto o agresión antijurídica. Es, por ello, que hay una fuerte cooperación de ésta a repeler las agresiones, y no hay una contradicción ni conflicto con el ordenamiento jurídico. El agredido es elevado a la categoría de defensor del ordenamiento jurídico, pues no son los intereses del agredido los que terminan imponiéndose al agresor, sino que es el Derecho mismo el que acaba afirmándose frente a lo injusto de la agresión.⁹ En esta postura hay que hacer una aclaración: cuando se habla que la legítima defensa cumple la función preventivo-general de hacer prevalecer el orden jurídico, no es que se piense que es la función exclusiva de la defensa, sino que también cumple la función de protección de los bienes individuales.¹⁰ A esta tesis, se le puede criticar acerca de la legítima defensa de terceros. En efecto, la legítima defensa del sujeto agredido, es una facultad, mas no un deber, es decir es su decisión ejercer o no esa facultad.

⁷ *Ibidem*, pp. 61-63.

⁸ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 95

⁹ *Ibidem*, p. 95

¹⁰ Luzón Peña, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, p. 65.

Por lo que, si un tercero quiere ayudar al agredido, debe contar con su consentimiento, sino estaríamos ante una intromisión en la esfera organizativa del sujeto. Es por ello, que esta concepción no puede fundamentar por qué se puede llegar a considerar como antijurídico el comportamiento de quien, pretendiendo hacer prevalecer el ordenamiento jurídico mediante la defensa de los bienes del agredido, lleva a cabo la acción defensiva sin el consentimiento de su titular.¹¹ El tercero actúa también en defensa del ordenamiento jurídico, pero si lo hace con independencia de la voluntad del sujeto agredido, sería inaceptable la injerencia en su esfera organizativa. Finalmente, se pone de relieve que la teoría fundamentada exclusivamente en consideraciones supraindividuales, no puede explicar convincentemente por qué no cabe legítima defensa frente a agresiones inidóneas y aparentes, pues la falta de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico individual del agredido debería ser indiferente si de lo que se trata es de lograr, mediante la acción defensiva, el prevalecimiento del derecho.¹²

Por otro lado, existe una fuerte opinión doctrinal que nos habla sobre un doble fundamento de la legítima defensa: uno individual, que es la necesidad de defensa del bien jurídico particular; y uno supraindividual, que es la necesidad de defensa del orden jurídico frente al injusto agresor.¹³ Estamos frente a la teoría dualista. Y tanto el fundamento individual como el supraindividual son esenciales e imprescindibles. Es decir, ambos irán unidos para poder fundamentar la eximente de responsabilidad. El Derecho tiene la tarea de proteger los bienes jurídicos de los particulares frente a una agresión antijurídica, y además defenderse así mismo del ataque antijurídico. Ambas son muy importantes, y para poderlas llevar a cabo el orden jurídico

¹¹ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 124

¹² *Ibídem*, p. 126

¹³ Luzón Peña, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, p. 79.

le encomienda estas tareas a unos órganos estatales, pero en algunas ocasiones, estos no podrán actuar en el preciso momento de la agresión, por lo que se permite que los propios particulares realicen estas funciones necesarias.¹⁴ Sin embargo, al permitir que los particulares utilicen sus propios medios para defenderse de una agresión injusta, se lesionarían bienes del agresor, pero según esta postura lo justifica en que los bienes jurídicos del agresor pierden su valor, es decir dejan de ser protegidos por el ordenamiento jurídico, para dar paso a la protección de los derechos del agredido, ya que con esa agresión injusta se está vulnerando bienes particulares. Ahora bien, a esta teoría se le puede objetar acerca de la determinación del concepto de agresión. El principio de protección de bienes explica la legítima defensa desde un punto de vista preventivista, pues la acción defensiva se caracteriza por una reacción fáctica de protección frente a la inminente amenaza de lesión.¹⁵ Sin embargo, el principio de preavalecimiento del Derecho, en cambio, se sitúa frente al conflicto desde un punto de vista retrospectivo, de modo que el concepto de agresión debería determinarse ex post en esta concepción.¹⁶ No se puede considerar el conflicto como algo futuro, ya que debe existir una vulneración real del Derecho. Ahora bien, al unirse estos dos principios en la teoría dualista, se genera un efecto “paralizador”, ya que el principio de protección de los bienes individuales, reduce los efectos del principio de preavalecimiento del Derecho, y viceversa. De igual forma, también se produce una crítica a la teoría del doble fundamento o dualista en el tratamiento de las agresiones que se cometen en el marco de una relación de garantía. En estos casos, el principio de protección es el que prevalece. Puesto que el cónyuge agredido sigue estando en posición de garante respecto del cónyuge agresor, y por esta razón, la legítima defensa está sujeta a

¹⁴ *Ibíd.*, p. 82.

¹⁵ Palermo, Omar. *La legítima defensa: una revisión normativista*, p. 180

¹⁶ *Ibíd.*, p. 180

restricciones similares a las que se deben tener en cuenta en los casos de agresiones irrelevantes o agresiones inculpados.¹⁷ Es por ello que, si uno de los cónyuges agrede al otro, el cónyuge agredido mantiene su derecho de defensa en base al principio de protección. Ahora bien, el agredido debe defenderse con los medios menos lesivos, para así evitar un daño mayor en el cónyuge agresor. Sin embargo, si es un ataque que pone en peligro inminente la vida del agredido, este debe usar cualquier medio para repelerlo, así sea desconsiderado. Como puede verse, la teoría del doble fundamento va tomando a elección los diversos principios sobre los que se basa el derecho de defensa; así el derecho de defensa del cónyuge agredido se fundamenta en el principio de protección, sin embargo las restricciones del derecho de defensa del agredido se fundamentan con el único argumento que puede justificarlo: la menor necesidad de prevailecimiento del Derecho.¹⁸ Pero se generaría una contradicción, ya que se impondrá el principio de protección en los casos de ataques graves, donde el agredido utilizará todos los medios necesarios para defenderse, sobre el principio de prevailecimiento del Orden Jurídico. Para salvar esa contradicción, se da por terminada la relación de solidaridad entre los cónyuges, en caso de graves agresiones o agresiones leves.¹⁹ Pero la teoría del doble fundamento, no deja en claro por qué se extingue ese vínculo entre los cónyuges, ni bajo qué criterios.

Por último, existe una teoría que ha venido ganando terreno en los últimos años, y que ha sido desarrollada por el maestro Gunther Jakobs, denominándola *teoría de la competencia por el hecho*. En esta postura, se plantea en primer lugar, que todas las personas son titulares de derechos y de deberes, y estos últimos conllevan a no lesionar los derechos de otras personas. Es decir,

¹⁷ Ibídem, p. 182

¹⁸ Ibídem, p.183

¹⁹ Ibídem, p. 183

cada persona debe organizarse conforme a deber, sin inmiscuirse ni lesionar la esfera organizativa de otras personas. A estos se le llama la asignación de derechos a la libre organización. Ahora bien, existe una incumbencia que se basa en una organización de la propiedad o de derechos, y esta organización solo debe consistir en una administración de la propiedad mediante la cual se cree un peligro más elevado que el caso normal definido como estándar.²⁰ Se habla también de una mayor competencia. Es decir, si una persona no solo es propietaria, sino que organiza dicha propiedad de forma peligrosa, se ve incluida a través de la organización no solo de la propiedad inmediatamente implicada en el conflicto, sino que a través del que organiza se ve incluido en el conflicto todo ámbito de organización en su conjunto.²¹ Esto es, la persona titular de derechos debe utilizar todos los medios necesarios para la solución del conflicto, sino tendrá que soportar que terceras personas se inmiscuyan en su esfera organizativa. De acuerdo a esto, tiene que responder con todos sus derechos, tanto aquella persona que se organice de forma permitida, aunque peligrosa, como la que se organice de forma no permitida, es decir, aquella que en todo caso hace uso de un riesgo especial.²² Lo que significa, que aquella persona que genere un riesgo más allá de los límites permitidos, poniendo en juego las libertades y la esfera organizativa de otras personas, tendrá que responder y soportar. Todo esto está basado en relaciones jurídicas entre aquellas personas que son titulares de derechos. Ahora bien, en el marco de la figura de la legítima defensa, ante una agresión ilegítima y antijurídica, al sujeto agredido no cabe reprocharle su conducta defensiva, ya que el sujeto agresor niega los derechos del agredido, niega la vigencia y titularidad de estos. Por lo que, si la víctima ejerce una defensa y causa daño a su agresor, no se generará ningún tipo de conflicto, ni habrá que reprocharle su

²⁰ Jakobs. Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión. 199

²¹ Ibidem, p. 199

²² Ibidem, p. 201

actuación, ya que el este es requerido para que soporte los costes de su agresión. Distinto es el caso de las agresiones sin culpa, o aquellas que son generadas por la fuerza irresistible, además de las generadas por los incapaces, enfermos mentales o los ebrios, ya que en estos casos carecen de competencia de sus actos, y no le quitan reconocimiento de los derechos de los cuales las personas son titulares, además del carácter de persona, por lo que no tendrán responsabilidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta las demás posturas, me inclino por esta última, *la teoría de la competencia por el hecho*, ya que explica mejor y sin contradicciones, el fundamento de la legítima defensa, tomando en cuenta, en primer lugar, el concepto de incumbencia, es decir una persona debe soportar la lesión de sus propios intereses en el caso que entre en conflicto con otros, o sea debe de soportar los costes derivados de su actuación peligrosa, y además tiene que alejar el peligro de los intereses de otro particular. Luego se basa su fundamentación en la asignación de competencias, en donde la persona responderá con toda su organización en su conjunto, en caso actúe de forma permitida o no, poniendo en peligro los intereses o bienes de otro, garantizados por el Estado. Se debe considerar el conflicto entre bienes jurídicos, como una relación jurídica pura, la cual está definida por derechos y deberes, y que unifica el fundamento de la legítima defensa. Este fundamento debe ser de forma monista, más no dualista, dejando de lado la doctrina mayoritaria, por lo que este se encuentra en la alteración de la relación jurídica, que como dijimos antes, consta de derechos y deberes de dos particulares. Por otro lado, la teoría del doble fundamento, como expliqué líneas arriba, se ha llenado muchas contradicciones y no ha sabido explicar muchos puntos importantes de la legítima defensa, debido a que no hay una armonía entre el principio individualista y el supraindividual.

Como conclusión, la legítima defensa es lícita y exime de responsabilidad, ya que es el propio ordenamiento el que la permite, la apoya, y si es el propio individuo quien protege el bien jurídico frente a una agresión antijurídica, el Derecho valora esto de forma positiva. Además, el Ordenamiento Jurídico defiende el interés particular del propio sujeto agredido, ya que, al defenderlo, hace prevalecer el Derecho frente a la agresión injusta del sujeto agresor. Por otro lado, el propio Ordenamiento le da los medios al sujeto agredido para que se defienda y haga prevalecer el Derecho frente al injusto, cuando aquel no pueda intervenir a través de sus órganos estatales.

1.3 Naturaleza

La doctrina mayoritaria postula que la legítima defensa no está prohibida, sino que al contrario es un derecho. En este sentido, una extendida corriente tanto doctrinal como jurisprudencial, entiende la legítima defensa como un derecho natural, como derecho dado por la naturaleza y al mismo tiempo necesario y que se deriva de lo más íntimo de la naturaleza humana: por esa razón se le califica de derecho superior y anterior a toda ley positiva, de derecho “sagrado” y sancionado por el sentimiento jurídico natural.²³ Lo importante aquí es que este derecho es algo inherente e innato al hombre, y que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico, pero no ha sido este ni el Estado el que lo ha creado. Sería un error tratar de postular esta afirmación, que es el Estado el que otorga este derecho, porque la legítima defensa es admitida y reconocida por el ordenamiento jurídico debido a que esta proviene del derecho natural, no de una ley positiva. Su causa está en la ley natural, interior a la persona.

²³ Luzón Peña, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, p. 94.

Es por ello que la legítima defensa es calificada como derecho originario de la persona, congénito al ser humano, inherente a éste. Calificarlo de derecho natural y originario significa negarse a concebirla como derecho derivado del Estado; lo más que puede admitir esta corriente es que se trata de un derecho reconocido por el Estado o por la ley, pero nunca que sea algo otorgado o creado por estas instancias.²⁴

Sin embargo, hay una corriente doctrinal opuesta a la concepción de que la legítima defensa es un derecho connatural al hombre, y postula que ésta ha sido creada por el Estado; es éste el que la otorga y no es innata al hombre, por lo que le niega el carácter de derecho natural. Se argumenta que antes de formarse la comunidad política no existe derecho alguno, y que un bien del individuo sólo es bien jurídico, y por tanto bien defendible, en tanto el Estado le conceda la protección jurídica.²⁵ Por lo que la legítima defensa no está prohibida por el ordenamiento jurídico, sino que está de acuerdo con ella, está regulada y permitida por el Derecho, ya que es el mismo Estado el que la recoge en alguna ley positiva. Esta corriente critica la teoría de que la legítima defensa es un derecho natural: *autores niegan nada menos que la usual afirmación de que siempre se ha admitido la legítima defensa.*²⁶ Es decir niegan la ahistoricidad de esta, ya que no la reconocen como un derecho originario e innato a la persona, y más bien critican esta postura otorgándole al Estado su concepción, negando que la legítima defensa haya existido siempre.

Otra forma de caracterizar la legítima defensa es concebirla como un derecho subjetivo, oponiendo este concepto al de derecho de carácter público, pues sólo se trataría de una facultad

²⁴ *Ibíd.*, p. 95.

²⁵ *Ibíd.*, p. 97.

²⁶ *Ibíd.*, p. 98.

entre dos particulares: el derecho de legítima defensa es el ejercicio del derecho defendido, es decir esta posición significa identificar la legítima defensa con la causa de justificación del ejercicio de un derecho.²⁷ Esta concepción doctrinal se basa en que si se interpone la defensa, no se ejercita un derecho, sino que como se dijo líneas arriba, se ejerce el derecho mismo defendido. Es decir, hay una lucha por parte del sujeto agredido en defender su derecho. Pero querer equiparar la legítima defensa como un derecho subjetivo es erróneo, ya que esta concepción viene del derecho privado y la institución de la legítima defensa tiene un carácter netamente público. En cuanto a la concepción de la defensa como ejercicio del derecho agredido, es igualmente inadmisibles: porque supone una privatización mayor aún, si cabe, de la legítima defensa que la concepción del derecho subjetivo; porque no es cierto que el simple ejercicio del derecho implique entre sus facultades la de lesionar a una persona, y por cuanto significa confundir ejercicio de un derecho y legítima defensa, que son dos causas de justificación reguladas separadamente por ley.²⁸

Hay una opinión minoritaria y absolutamente rechazada por la doctrina y los autores, que concibe la legítima defensa como un deber, rechazando que sea un derecho del hombre. Sin embargo, esta opinión es errónea, ya que la defensa es un derecho de la persona, que es capaz de emplearla o no a su entera libertad. No hay una obligación por parte del particular de defenderse, sino que el Ordenamiento deja a su criterio hacerlo o no. Además, el ordenamiento no obliga a que los individuos se defiendan, ni mucho menos les impone una sanción por no defenderse, sino más bien les deja a su libre elección hacerlo o no, por lo que esta postura, en mi opinión, es errónea, porque le quita a la legítima defensa la calidad de derecho. No es un deber ni tampoco una

²⁷ *Ibíd.*, p. 100.

²⁸ *Ibíd.*, p. 102

obligación, sino algo facultativo que el ciudadano puede ejercer a su libre disposición.

Por todo ello hay que concluir, que es imposible considerar a la legítima defensa como un derecho derivado del Ordenamiento Jurídico, admitido y reconocido por el poder estatal, quitándole el carácter de derecho natural e innato al hombre. Existe una doble necesidad que justifica la admisión de la defensa, pero que no se puede entender en sentido absoluto, sino relativo: como resultado de una decisión valorativa del Derecho entre estatismo e individualismo²⁹. Es decir, la legítima defensa es un derecho originario al hombre, independientemente de si ha sido o no recogido por el Ordenamiento jurídico. Este derecho ha sido reconocido por la Constitución, sin embargo, esto no quiere decir que exista por el reconocimiento estatal, sino que es algo connatural a las personas. Si existe un derecho a la vida o a la propiedad, también existe un derecho a defenderlos. Así no esté reconocida en una ley positiva o en la propia Constitución, sería un derecho válido que podrían ejercer los individuos. Así mismo, en el ordenamiento jurídico están recogidos sus límites y requisitos, por lo que no es un derecho ilimitado, ya que se requieren ciertos límites o presupuestos, que varían en cada ordenamiento.

1.4 Elementos o presupuestos

Las legislaciones y ordenamientos vigentes como España, Colombia, Argentina, Perú, etc., regulan tres elementos o presupuestos de la legítima defensa, y que deben concurrir juntos para que esta figura jurídica se cumpla. Los tres presupuestos son: la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio

²⁹ Ibídem, p. 99.

empleado para repeler o impedir la agresión, y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. A continuación, analizaré cada uno de estos presupuestos, detallando los diferentes supuestos que se pueden presentar.

1.4.1. La Agresión Ilegítima:

Constituye una agresión todo comportamiento humano que crea o no asegura un peligro ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo ajeno, o lo que viene a ser lo mismo, todo aquel comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo.³⁰ De acuerdo a lo anterior, en este concepto de agresión, solo se incluirían a aquellas agresiones que fueran idóneas para lesionar un bien jurídico individual, por lo que las agresiones inidóneas quedan fuera de este concepto, así como excluidas las facultades de defensa. Por ejemplo, quedarían excluidas las agresiones aparentes, las agresiones que no acarrear un peligro de lesiones, o las agresiones con sentido omisivo. En este sentido, estas agresiones no generarían una defensa necesaria. En estos casos, estaríamos hablando de legítima defensa putativa, ya que faltaría uno de los tres elementos, imprescindible para la configuración de la legítima defensa. La agresión ha de ser ilegítima o antijurídica.³¹ Es decir, toda aquella agresión que no tuviera un título de legitimidad, entendida esta expresión en el sentido de agresión a la que no se tuviera derecho: un derecho a lesionar; por lo tanto agresión ilegítima significará agresión ilícita o contraria al

³⁰ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 264.

³¹ Para el autor español Diego Luzón Peña, legitimidad y antijuridicidad son términos equivalentes. Así como también el término ilicitud este autor los califica como sinónimos.

Derecho.³² El que la agresión sea ilegítima, quiere decir que será contraria al Ordenamiento Jurídico, y que el sujeto agredido no esté obligado a soportarla, por lo que en aquellas agresiones que sí están justificadas, no cabría legítima defensa. Además, no se toma en cuenta si la agresión está tipificada como un delito o no. Así mismo, la agresión ha de ser actual, es decir cuando es directamente inminente, tiene lugar efectivamente o aún continúa.³³ Es decir, una persona debe reaccionar en el momento preciso en que es agredida, mientras la agresión se esté llevando a cabo, por lo que, si la agresión ya ha pasado o se ha extinguido, no tiene lugar la legítima defensa. Visto en forma negativa, la agresión no puede encontrarse a una distancia temporal previa mayor, ni tampoco puede estar agotada con la lesión definitiva del bien merecedor de defensa.³⁴

Por ejemplo, si una persona ataca a otra con un bate de béisbol y se defiende propinándole un puñete en el rostro tumbando al agresor y reduciéndolo en el piso, la agresión se ha extinguido, por lo que si estando en el suelo el atacante, aquella persona le empieza a dar puntapiés y lo lesiona, no cabrá la legítima defensa, puesto que la agresión ya no tiene lugar en el tiempo. También está el caso de las agresiones futuras, en donde el sujeto defensor piensa o intuye que otra persona lo va a atacar, sin embargo, esto no sucede, por lo que sería una defensa preventiva, que no entraría en la figura de la legítima defensa, ya que la agresión como se dijo líneas arriba, debe ser actual e inminente. Estamos en los casos de defensas que se anticipan a una agresión, sin embargo, esta aún no se da.

³² Luzón Peña, Diego Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, pp. 195 y 197.

³³ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 285.

³⁴ Cárdenas Díaz, Ítalo Fernando. La legítima defensa, p. 141

Por ejemplo, cuando una persona se da cuenta que otra tiene las intenciones de agredirla con un cuchillo, pero antes que lo haga la tumba al piso y lo lesiona en la cabeza con una piedra. En el ejemplo, la agresión no se ha materializado porque el supuesto sujeto agresor no ha agredido a la persona, sino que ésta de algún modo se da cuenta de las intenciones de aquel, pero no estaríamos en un caso de legítima defensa.

La determinación del momento de finalización de la agresión, por regla general terminará cuando bien el peligro inherente a la agresión ya se haya agotado, o cuando todos los peligros inherentes a la agresión ya se hayan agotado (agresión pluriofensiva).³⁵ Después de que finalice la agresión, el agredido no podrá ejercer actos de defensa, sino estaríamos ante una venganza privada, y por lo tanto sería un delito, tipificado en el artículo 417° del Código Penal Peruano. El inicio de la agresión no se identifica con el comienzo de la ejecución de un delito, porque la tipicidad no es condición necesaria para la existencia de la agresión ilegítima, ya que solo basta con su antijuricidad; por tal motivo la defensa podrá comenzar recién en el último momento en el que todavía tenga perspectiva de éxito.³⁶ Por lo tanto, el momento de finalización de la agresión, no debe confundirse con el momento de consumación del típico penal. Todo dependerá del tipo de delito ante el cual estemos: delitos continuados o permanentes. Ahora bien, habría que ver cuándo la defensa es necesaria. En efecto, solo puede ser necesaria para impedir lo inminente y para repeler lo actual; no debe exigirse una total inmediatez temporal, como tampoco que la voluntad del agresor resulte inequívoca, resultando preferible la fórmula que considera

³⁵ Baldó Lavilla, Francisco. Op. Cit, p. 289.

³⁶ Reátegui Sánchez, James. Manual de Derecho penal parte general, p.608

que la agresión es inminente, cuando el comienzo depende exclusivamente de la voluntad del agresor potencial.³⁷

No hay agresión ilegítima en los casos de tentativa inidónea o tentativa irreal porque no pone en peligro el bien jurídico, sin embargo debe diferenciarse cuidadosamente los supuestos en que desde una perspectiva *ex ante*, un observador objetivo no puede advertir que el peligro que se cierne sobre sus bienes o los de un tercero es inexistente o mínimo, de tal modo que para él hay un peligro inminente.³⁸ En el primer enunciado estamos en los casos en que por ejemplo, un agresor que, en la oscuridad, dispara contra otra persona, sin darse cuenta que está ya se ha retirado del lugar, por lo que no hay lugar para la defensa del supuesto agredido.

En el segundo enunciado, estamos en el caso en que, por ejemplo, una persona sufre la agresión con una pistola de juguete, pero se defiende y lesiona a su agresor, por lo que sí daría lugar a legítima defensa, porque la persona cree que el arma es real y no logra percatarse que es de juguete, ya que piensa que su vida y su integridad están en peligro. Hay una apariencia de que el arma es de fuego, y que se va a sufrir un daño, por lo que en este último caso sí se podrá actuar en legítima defensa. Aun cuando desde un punto de vista objetivo *ex ante* no exista agresión, el comportamiento del aparente agresor debe considerarse una agresión real que da lugar a una situación de legítima defensa real y no sólo putativa.³⁹

³⁷ *Ibidem*, p. 607

³⁸ Villegas Paiva, Elky Alexander. La legítima defensa en la praxis judicial, p.181.

³⁹ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 129.

Hay un supuesto muy discutido, que es aquel en donde la víctima sufre el ataque de un ladrón que huye con lo robado, pero el agredido lo persigue y lo atrapa, pero le ocasiona una lesión. Es el ejemplo del ladrón que con un cuchillo en mano despoja de su celular a la víctima y huye, pero esta lo persigue y lo logra atrapar, propinándole una golpiza. Los que están en contra de que haya legítima defensa, alegan que el ataque o la agresión ya se extinguieron, porque ya no hay una amenaza contra la víctima, sin embargo, en el caso de hurto se requiere un apoderamiento ilegítimo por parte del ladrón para que el delito se configure, ya que, si el bien no sale de la esfera organizativa de la víctima, ésta puede todavía optar por recuperarlo y efectuar actos defensivos contra el ladrón. Además, el sujeto agredido no tiene que perder de vista al sujeto agresor en su afán por recuperar el objeto robado, sino no cabría legítima defensa.

Hay otro punto muy importante a tomar en cuenta en este presupuesto, que es el hecho que quedarían fuera del carácter de agresión: el ataque de los animales o los sucesos naturales que no constituyan una acción humana.⁴⁰ La agresión de un animal requiere acción y por tanto una voluntad consiente y racional que solo tiene el hombre, no el animal; además la agresión de un animal no es antijurídica⁴¹, sin embargo hay autores que defienden la postura de que las agresiones de los animales si entrarían en la figura de la legítima defensa, ya que dicha agresión si sería antijurídica. Sin embargo, soy de la opinión de que las agresiones de los animales carecen de antijuridicidad, ya que el juicio de desvalor solo recae en las conductas del hombre, no de los animales, a pesar que es una conducta no

⁴⁰ García Cavero, Percy. Lecciones de derecho penal parte general, p. 480.

⁴¹ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 320.

deseada por el ordenamiento jurídico y tampoco por la persona que sufre el ataque o agresión, pero que no han sido recogidas por este, porque en definitiva no se pueden evitar estos ataques. Es decir, el ordenamiento no los prohíbe por lo mismo que no son antijurídicas, sin embargo, si es posible que tome medidas de seguridad, como por ejemplo sacar a pasear a un perro con cadena y con bozal para evitar que muerda a la gente. En todo caso, lo que sí sería antijurídico es la conducta del hombre, que por ejemplo hace enfurecer a un animal para que ataque a otra persona de forma dolosa, ya que el animal es regido por la voluntad del hombre para que cometa una acción que sí sería antijurídica. En este orden de ideas, sí cabría legítima defensa, por lo que, si el individuo que domina al perro termina lesionado, habría una causa de justificación que excluiría de responsabilidad penal al sujeto agredido por el animal. Por otro lado, los ataques de los animales entrarían en otra causa de justificación: el estado de necesidad (justificante o inculpante).

En el estado de necesidad inculpante, el desmedro recae sobre un bien de igual o de mayor jerarquía que el salvado, mientras que, en el justificante, el bien perjudicado es siempre menos valioso. Por lo tanto, sin un perro feroz ataca a una persona, y esta saca su pistola y le dispara, para así defenderse, provocándole la muerte, estaríamos en un caso de estado de necesidad justificante, ya que el bien salvado, en este caso la vida de la persona, es de mayor valor que la vida del perro, se preserva un interés preponderante, exonerándolo, por lo tanto, de responsabilidad penal.

Pero, ¿qué pasaría en los casos de agresiones imprudentes? ¿Cabría una legítima defensa en estas situaciones? La doctrina no es unánime al respecto, la

doctrina germana considera a las agresiones imprudentes como antijurídicas, por ende sí cabe legítima defensa; *contrario sensu*, parte de la doctrina española no la considera una agresión *per se*, se señala que la agresión es la lesión o puesta en peligro dolosa de un bien jurídico.⁴² Soy de la opinión de que sí cabría legítima defensa en los casos de agresiones imprudentes, porque estas son producto de la negligencia del individuo, y así como los actos dolosos, son capaces de lesionar un bien jurídico igual o en mayor intensidad que este, y para que esto no suceda, el sujeto agredido intentará repeler o evitar el ataque. Además, el despliegue de la defensa que hace el sujeto agredido, no solo es contra acciones dolosas, sino también contra acciones imprudentes, ya que, al momento del ataque de un bien jurídico o derecho suyo, este reaccionará repeliendo o evitando el ataque, sea que provenga de una conducta dolosa o una conducta imprudente. En ésta el sujeto no cumple los deberes de cuidado necesarios, es decir su conducta no está sujeta a Derecho, sino que ha vulnerado las directrices de una conducta, por lo que el sujeto agredido no está en condiciones de permitir la lesión de sus bienes jurídicos sujetos a su esfera organizativa, sino que activará un mecanismo de defensa para evitar o repeler el ataque.

La agresión no solo puede ser causada por un obrar activo (comisión), sino también por omisión propia o impropia, llamada también comisión por omisión (artículo 13° del Código Penal Peruano); la fundamentación de la omisión impropia recae sobre la base de un deber jurídico concreto de actuar (posición de garante).⁴³ Por ejemplo, cuando una persona va con su feroz perro por la calle y no

⁴² Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal parte general, p. 668.

⁴³ Reátegui Sánchez, James. Manual de derecho penal parte general, p. 604

hace nada para evitar que muerda o ataque a otra persona. En este ejemplo, el dueño del perro tiene una posición de garante, ya que tiene un deber específico de evitar un resultado, y en este caso sería evitar que su perro muerda a otra persona. La legítima defensa se ejercería en estos casos sobre la puesta en peligro del bien jurídico, no sobre la persona que emite actuar, es decir se debe dirigir una acción para controlar el peligro existente. Una parte de la doctrina niega que la omisión forme parte de la agresión de la legítima defensa, ya que se necesita un obrar activo. Desde el principio del prevalecimiento del Derecho no hay ninguna razón para dejar fuera del concepto de agresión a la omisión, pues la inejecución de un deber jurídico de actuar constituye un ataque contra las normas del ordenamiento jurídico; y desde el principio de protección individual se concluye que es posible repeler legítimamente la omisión si lesiona directamente o pone en peligro intereses jurídicos concretos.⁴⁴

Por ejemplo, si una persona va manejando con su coche por la calle y atropella a otra persona, pero la deja tirada con lesiones, intentando huir de la escena, si un tercero se percató de eso y atrapa al sujeto imprudente causándole alguna lesión, habrá actuado en legítima defensa de terceros, ya que el sujeto tiene un deber de auxiliar o ayudar a la persona herida producto del accidente, está en una posición de garante.

Un caso particular y que ha generado controversia, es el caso de las agresiones cometidas por los inimputables o incapaces de culpabilidad. Una parte de la doctrina afirma que en estos casos no existe agresión, y otro sector piensa que para la existencia de la legítima defensa resulta

⁴⁴ Palermo, Omar. La Legítima Defensa: una revisión normativista, p. 308.

indiferente la procedencia del ataque, esto es que puede emanar bien de una persona inimputable, que obedece órdenes, del que por error cree no estar agrediendo o tener derecho para ello.⁴⁵ Es decir, en estos casos si cabría ejercer legítima defensa, ya que los sujetos inimputables ejercen una agresión ilegítima, y por lo tanto cabe una defensa por parte del sujeto agredido. Además, la ley sólo exige que la agresión sea ilegítima, por lo que el actuar de estas personas puede ser también antijurídico. Postulan que no debería existir ninguna limitación de esta figura en estos casos, ya que el actuar de estos sujetos sería ilegítimo. Sin embargo, soy de la opinión que, en estos casos, estaríamos en un caso de estado de necesidad, ya sea justificante o inculpante, más no en un caso de legítima defensa.

En conclusión, la legítima defensa no solo se limita a las agresiones dolosas, sino que también a las agresiones imprudentes o culposas, por lo que no quiere decir que estas conductas negligentes estén fuera de la legítima defensa, sino que, al contrario, al igual que las agresiones dolosas, también serán objeto de la defensa que pueda hacer el sujeto, ya que en ambos tipos de agresiones se pone en peligro un bien jurídico, que es lo principal para definir el concepto de agresión.

1.4.2 Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión:

El presupuesto anteriormente desarrollado no es el único, sino que también es necesario que haya una defensa por parte del agredido frente al agresor, para evitar la lesión de los bienes o intereses jurídicos sujetos a su esfera organizativa. Sin embargo, se deben excluir todas las

⁴⁵ Reátegui Sánchez, James. Op. Cit, p. 605

defensas desproporcionadas al ataque, es decir se debe excluir el exceso, así como también el hecho de prolongar la defensa ante un peligro o ataque que ya se extinguió. Como, por ejemplo, en los casos que unos ladrones quieren robarle a una persona, pero esta saca su arma y los ladrones se asustan y huyen, pero la persona, a pesar que ellos han huido, los persigue, les dispara a unos de ellos y lo lesiona o lo mata. En este caso no cabría legítima defensa, por lo que sí habría responsabilidad penal.

Así, un procedimiento defensivo solo tendrá la consideración de necesario cuando sea idóneo, conforme a un baremo objetivo *ex ante*, para evitar peligro amenazante; por lo que no dejará de considerarse idóneo aquel medio que, aunque de antemano se muestre objetivamente insuficiente, contribuya en alguna medida a disminuir los efectos de la agresión.⁴⁶ Es decir, basta cualquier medio idóneo para disminuir o repeler el ataque en interés del sujeto, sea cual sea el medio empleado, por lo que aquellos que no contribuyan a evitar o disminuir la agresión, no serán considerados dentro de la figura de la legítima defensa, y deberán ser excluidos, ya que no son medios idóneos.

Los medios empleados deben ser proporcionales a la peligrosidad de la agresión, pero obviamente serán aquellos, que en el caso concreto se encontraban al alcance de la víctima, es decir, desde una perspectiva *ex ante*; todo dependerá de las particularidades de las circunstancias, así como de las capacidades individuales de la víctima.⁴⁷ Hay que ponerse en el lugar del agredido para poder determinar la racionalidad de la defensa, es decir en función de cada

⁴⁶ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 307.

⁴⁷ Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal parte general, p. 680.

caso concreto. Por ejemplo, si el agresor es un joven ladrón principiante, y la víctima un boxeador o un karateca profesional. La necesidad del medio empleado se analiza con base en tres factores: la naturaleza del ataque (si es que un sujeto armado quiere quitarnos la billetera, será necesario defenderse usando un arma, aunque el agresor no haya empleado la suya como amenaza, ya que un medio menos poderoso será ineficaz frente a la posibilidad de que el atacante empleara efectivamente el arma), la naturaleza del bien jurídico, y las restantes posibilidades de salvación del bien agredido, o sea que la defensa no siempre es el medio posible de salvación del bien atacado.⁴⁸

Si solo existe un medio objetivamente idóneo para impedir o repeler la agresión, éste tendrá la consideración de medio racionalmente necesario, por más que originen daños en la esfera de intereses del agresor mucho mayores que los que la defensa pretende evitar.⁴⁹ Se pueden originar daños mayores a los que se pretenden evitar, sin embargo, el medio empleado debe ser racional. En tal sentido, si el uso del medio menos lesivo no genera un éxito adecuado de la defensa, puede optarse por el medio más seguro e idóneo, capaz de sofocar el riesgo contra el bien jurídico, pese a que sea un medio más dañino.⁵⁰ El agredido tampoco está obligado a escoger, de entre los varios medios disponibles, el más leve cuando este medio le supone frente a otros, un esfuerzo o costo mayor.⁵¹ Por lo que la racionalidad del medio impone la elección del medio idóneo menos lesivo

⁴⁸ Reátegui Sánchez, James. Manual de derecho penal parte general, p. 614

⁴⁹ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 310.

⁵⁰ Villegas Paiva, Elky Alexander. La legítima defensa en la praxis judicial, p. 181.

⁵¹ Cárdenas Díaz, Ítalo Fernando. La legítima defensa, p. 146.

de los que se disponen en ese momento para evitar que se materialice o continúe la agresión.⁵²

Por ejemplo, si una persona tiene a su alcance una piedra y una pistola para evitar el ataque de su agresor, no sería racional que para evitarlo utilice la pistola y efectúe cuatro disparos contra el cuerpo de su agresor y le genere la muerte. Lo ideal sería utilizar el medio menos lesivo de entre varios objetivamente idóneos para repeler o evitar el ataque del agresor.

El mensaje de la modificatoria legal del Código Penal, es que no se dé tanta importancia al medio de defensa, sino más bien al sujeto de la defensa, en la medida en que se tenga en cuenta todos los medios que dispone el sujeto que se defiende en el caso concreto, ya que como dice la propia modificatoria no se tendrá en cuenta la proporcionalidad del medio que es lo que ha reinado por varias décadas el instituto de la legítima defensa.⁵³ El Código Penal en su artículo 20º inciso 3, nos expone que la racionalidad se va a determinar de acuerdo a la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. El juez será el encargado, en cada caso concreto, de analizar de manera objetiva la racionalidad del ataque, por lo que tendrá que tomar en cuenta lo acotado en artículo antes mencionado para valorar la legitimidad o no de la defensa.

⁵² García Cavero, Percy. Lecciones de derecho penal parte general, pp. 482-483.

⁵³ Reátegui Sánchez, James. Manual de derecho penal parte especial, p .616.

1.4.3 Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa:

En este presupuesto lo que se indica es que no sea el propio agredido el que provoque el ataque del agresor. Como veremos más adelante, si el agredido ha sido el que provocó al agresor, y producto de ello este lo atacó, no daría lugar a legítima defensa. Si nos dirigimos al diccionario, provocar significa excitar, incitar, inducir a alguien a que ejecute una acción. Mediante palabras o acciones, se incita o induce a que una persona realice determinadas agresiones en contra del sujeto provocador. Ha de entenderse por provocación a todo acto u omisión anterior a la agresión y que inevitablemente ha de causar la respuesta del agredido; y la doctrina sostiene que la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando es previsible.⁵⁴ La conducta provocadora del que después resulta agredido excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia.⁵⁵

Sin embargo, no puede ser cualquier tipo de provocación, sino una que sea suficiente por parte del sujeto defensor, capaz de generar una reacción en el sujeto agresor que lo lleve a una agresión o ataque ilegítimo, es decir una reacción agresiva. Por eso, quedan fuera de este requisito las bromas hechas, por ejemplo, por los propios amigos en un momento de ocio o las burlas. Sin embargo, habría que ver el nivel de tolerancia de una persona para

⁵⁴ Cárdenas Díaz, *Art. Cit.*, p. 142.

⁵⁵ Villegas Paiva, Elky Alexander. *La legítima defensa en la praxis judicial*, p. 181.

soportar las bromas o burlas y ver la intensidad de estas, porque pueden ser de grueso calibre y provocarían una agresión física.

Aunque soy de la opinión que, por ejemplo, los ataques verbales o una broma de mal gusto, no son suficientes para provocar un ataque, así sean de mayor intensidad. Es por ello, que tendríamos que analizar caso por caso, ya que no todas las personas reaccionan igual, porque hay algunas que lo hacen de manera violenta, sin medir las consecuencias de sus actos, generando algún tipo de daño; pero hay otros que lo hacen de forma pasible, sin llegar a las agresiones. Es por ello que se debe analizar la intensidad de la provocación y también a la persona provocada.

La provocación puede consistir tanto en una conducta voluntaria como imprudente de quien pretende luego ejercer la acción defensiva. No puede restringirse a una provocación dolosa, pues se estaría recortando de forma injustificada la protección de los bienes jurídicos fundamentales, por quien es provocado ilegítimamente; la acción no es preciso que esté dirigida al fin de desencadenar la respuesta agresora, para que se afirme la concurrencia de provocación suficiente.⁵⁶ La provocación, sin embargo, no requiere que sea antijurídica, sino que sea suficiente y además, idónea para causar en el sujeto provocado una acción agresiva en contra del provocador. La antijuridicidad no es un requisito de la provocación. Pero ¿qué pasa en el caso de los niños y las personas con discapacidad mental? En donde estos no son conscientes de sus actos, ya que pueden realizar bromas muy pesadas o realizar actos violentos, pero quizá con cierto

⁵⁶ Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal parte general, p. 683.

desconocimiento de la situación. Las personas provocadas tendrán que evitar una reacción violenta contra ellos, y tendrán que soportar las bromas o los actos de aquellos, sin llegar a reaccionar de manera violenta, generándoles una lesión o un daño.

La denominada provocación intencionada, concurre cuando el agente provocador dirige su conducta a generar una reacción agresiva del provocado y así cometer designio criminal, por lo que no hay ánimo de defenderse sino encontrar los motivos para desplegar una intención lesiva u homicida.⁵⁷ Lo que uno busca en estos casos, es ser atacado por el sujeto provocado para poder defenderse y así lograr lesionar o causar un daño intencional en esa persona. En estos casos se pierde el derecho a la legítima defensa. No siendo la provocación una agresión ilegítima, no rige para ella el requisito de la actualidad, sin embargo, el factor tiempo debe ser tomado en consideración, en cuanto sirva de elemento de juicio para denotar la existencia de una relación de causalidad entre la provocación y el ataque.⁵⁸

Pero, la presencia de este requisito es perturbadora, más aún si observamos en los casos de legítima defensa de terceras personas no importará que el defendido haya provocado el ataque, pues nuestra regulación de la legítima defensa solo exige que no haya habido provocación por parte del defensor.⁵⁹ Es decir, la provocación debe venir de quien ejerce la defensa, por lo que si el tercero es el que provoca la agresión será irrelevante para la legítima defensa.

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 684.

⁵⁸ Reátegui Sanchez, James. Manual de derecho penal parte gneral, p. 617.

⁵⁹ Alcocer Povis, Eduardo. Introducción al derecho penal parte general, p. 106.

Por ejemplo, un padre va con su hijo menor y este le tira una piedra a otra persona, por lo que esta intenta agredir al menor, pero el padre sale en su defensa dándole una golpiza. En este caso el padre habrá actuado en legítima defensa de terceros.

1.5 Bienes jurídicos defendibles

La defensa puede ser de cualquier bien jurídico contra el cual se dirija la agresión, ya sea de tercero o uno propio. Sin embargo, en cuanto a los bienes patrimoniales, solo serán defendibles aquellos que el sujeto agredido posea, por lo que quedarían fuera de protección aquellos que solo son meras pretensiones o aquellos que aún no se poseen, como por ejemplo los derechos de crédito. Y en cuanto a los derechos de terceros, como se explicó en el apartado anterior, para que la legítima defensa sea factible, será exigible que no haya provocación por parte del sujeto defensor, por lo que no importa si el tercero defendido haya sido el que provocó el ataque. Este es el supuesto caso del joven que defiende a su novia ante la falta de respeto de otro. Pero qué pasa en los casos en que alguien quiere defender a otro ante un ataque inminente y actual, pero sin una relación entre ambos, es decir que no se conocen ni mantienen alguna relación, ya sea amical, laboral, parental o sentimental. Por ejemplo, una persona se percata que otra persona está a punto de ser violada, por lo que sin pensarlo la ayuda y la defiende de su agresor, dándole una pedrada en la cabeza ocasionándole lesiones. El artículo 20 inciso 3 del Código Penal, señala que son objeto de defensa bienes jurídicos propios o de terceros, pero no menciona que entre el tercero defendido y el sujeto defensor tenga que haber una relación, por lo que sólo se necesitan los mismos requisitos que para la defensa propia. Además, en el primer requisito, que señala que la agresión tiene que ser ilegítima, no refiere que el ataque recaiga exclusivamente sobre bienes

propios, por lo que una persona puede defender a otra ante un ataque o agresión ilegítima de alguien, no incurriendo en responsabilidad penal, siempre y cuando concurren los tres requisitos establecidos en el artículo 20 inciso 3 del Código Penal Nacional. Sin embargo, en estos casos, el sujeto que auxilia no tienen la obligación de hacerlo, no es un deber defender al sujeto agredido, salvo en los casos de, por ejemplo, obligaciones en el ámbito familiar, como las de padre e hijos, o esposo y esposa.

En la legítima defensa de terceros, existe un inconveniente con la teoría dualista, puesto que al ser dos postulados los que esta contiene, uno contraviene al otro. Así, en el fundamento supraindividual, el tercero no involucrado está facultado a la defensa porque la agresión pone en tela de juicio la validez empírica del orden jurídico; si la agresión amenaza la validez general del orden jurídico, cualquier persona podría sentirse afectado y emprender la acción defensiva, incluso en contra de la voluntad del agredido.⁶⁰ En cuanto al fundamento individualista, solo es permitida la legítima defensa de tercero siempre y cuando el agredido lo permite, es decir la afirmación del Derecho ante el injusto solo se podrá dar si es que el sujeto agredido está de acuerdo.

Por lo que el fundamento individualista neutraliza al fundamento supraindividual. Ante ello, se da una solución: el Derecho no necesita ceder ante lo injusto, sino que el derecho del agredido no ceda ante lo injusto de la agresión; dicho de otro modo, en la legítima defensa de terceros el modelo dualista es monista, al modo de una teoría individual de la legítima defensa.⁶¹

⁶⁰ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 188.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 188-189.

El problema se presentaría en cuanto a los bienes jurídicos colectivos. Algunos autores afirman que, para la defensa de estos bienes, existen otros mecanismos de protección señalados en el Ordenamiento Jurídico. En opinión de James Sánchez Reátegui: *“se crea la posibilidad de que un individuo intervenga para impedir o repeler el ataque a un bien jurídico que no sea de un titular determinado y que corresponda al Estado o la colectividad, pero siempre y cuando sean identificables en términos concretos en bienes de naturaleza personal (ejemplo: patrimonio del Estado)”* Los bienes defendibles también pueden pertenecer a la colectividad o al Estado, pero estos deben de ser bienes individuales, o al menos con cierto grado de concreción. Por ejemplo, una persona que conduce un vehículo en estado de ebriedad, puede poner en peligro la vida de otras personas, sin embargo, no puede ser impedido que maneje por otro sujeto, y este aducir legítima defensa.

En cuanto al bien jurídico de la libertad sexual, queda claro que también puede ser objeto de defensa, como por ejemplo en el caso que una mujer quiera ser violada por un sujeto desconocido, y para evitarlo usa un cuchillo y se lo incrusta a su agresor generándole la muerte, por lo que sí se alegaría legítima defensa. O que la mujer está tratando de ser violada por un sujeto, y un tercero llega y le da una pedrada al sujeto y la lesiona.

En conclusión, la norma penal no reduce necesariamente la defensa de bienes jurídicos a los de estricta naturaleza penal, basta que sean bienes jurídicos protegidos⁶² por el ordenamiento jurídico peruano, como algunos que mencioné líneas arriba, ya que son muchos los bienes protegidos y no es materia de investigación de este trabajo.

⁶² Reátegui Sánchez, James. Manual de derecho penal parte general, p. 612

CAPITULO II

EL ELEMENTO RACIONAL COMO MEDIO PARA REPELER O IMPEDIR EL ATAQUE Y EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1 Defensa ofensiva o de contraataque

Los tribunales peruanos actualmente utilizan el argumento que el agredido, al momento de la agresión por parte del sujeto agresor, no debe responder agresivamente ni pelear con este, sino esquivar o evitar las agresiones. Sin embargo, la legítima defensa no consiste únicamente –como así parece entenderlo la presente ejecutoria- en ser pasiva (llamada de protección pura), esto es bloquear o esquivar las agresiones, y con ello causarle una lesión al agresor, sino que también puede tratarse de una defensa o de contraataque, y el ejemplo que suele citar la doctrina es el de

aquel que dispara contra quien acomete agresivamente.⁶³ Por lo que, si desde una posición defensiva del agredido se realiza un ataque frente a la agresión del agresor, con la finalidad de repeler el ataque, no se estaría desvirtuando la legítima defensa, sino que se estaría usando el medio más acertado y eficaz para repeler el ataque. Al momento que una persona es agredida, no significa que está obligada a esquivar el ataque, aunque este sea uno de los medios para impedir la agresión, sino que podría usar, además, cualquiera de los medios que tuviera a su alcance, como una piedra o un pedazo de madera. Sin embargo, como trataré más adelante, en los casos de las relaciones de garantía como por ejemplo de los esposos, si esquivar o evitar las agresiones resulta el medio menos lesivo, la persona tiene la obligación de emplearlo.

Pero en este punto se requiere que la agresión ilícita siga teniendo lugar, es decir que sea actual e inminente, ya que, si se ha extinguido el ataque, no se tendría porque utilizar ninguna defensa ofensiva o de contraataque. Como, por ejemplo, X ataca a Y usando solo los puños, mientras que Y se defiende esquivando y poniendo sus brazos para que no le caigan en el cuerpo; X cansado de arremeter contra Y decide ya no agredirlo y se da media vuelta, retirándose del lugar, pero Y coge una piedra y se la tira en la cabeza a X, dejándolo inconsciente en el piso. No cabría legítima defensa, puesto que X se había dado media vuelta y se había ido del lugar. Es decir, en este caso la agresión ilegítima ya no tiene lugar, porque se ha extinguido. Ya no estaríamos hablando de una agresión actual e inminente, sino de una agresión pasada, y por lo tanto no cabría legítima defensa, sino sería una legítima defensa imperfecta, porque no cumple con uno de los requisitos.

⁶³ Villegas Paiva, Elky Alexander. La legítima defensa en la praxis judicial, p. 182.

2.2 Huida del ataque no forma parte del elemento de racionalidad

Pretender afirmar que huir de un ataque es la única forma necesaria e idónea para reprimir el ataque o agresión, no es aceptable en la doctrina peruana, sin embargo, los tribunales peruanos aplican este criterio al momento de emitir una sentencia. El agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, la necesidad de defensa no se ve diluida si es que el agredido puede huir o esquivar el ataque, siendo indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una “huida deshonrosa” o como un ceder inteligente; por ello, quien pese a poder escapar enfrenta a sus agresores, obra amparado por la legítima defensa.⁶⁴ Por ello, si el agredido tiene la posibilidad de escapar de la agresión o ataque del agresor, no debe verse esto como un medio necesario para evitar la agresión; no se puede afirmar que el agredido está obligado a huir de la escena del ataque. Si el sujeto agredido puede enfrentar a su agresor y así defenderse, no habrá ningún problema, toda vez que forma parte de la legítima defensa. De acuerdo con esta opinión, parece lógico que no se le imponga al agredido un deber de huir o de evitar la agresión, pues ello comportaría obligar al Derecho a ceder frente al injusto; en caso de una agresión antijurídica, aunque el agredido tenga la posibilidad de evitar el ataque sin riesgo, no tiene la obligación de eludir la agresión; en efecto, aunque el agredido pueda huir de la situación de necesidad, está facultado a ejercer la defensa.⁶⁵ En algunas ocasiones, la huida puede traer daños mucho peores de los que se pretenden evitar. La defensa puede que no sea el medio menos lesivo para repeler o impedir la lesión de un bien jurídico, sin embargo, no es obligatorio que el sujeto agredido eluda los ataques, aunque esto

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 183.

⁶⁵ Palermo, Omar. *La legítima defensa: una revisión normativista*, p. 105

favorezca mejor a sus intereses. No se exige en el sujeto una obligación de huir, pues admitir la fuga como exigencia, implicaría imponer al agredido una obligación de hacer lo que no quiere, por ende, violentar su libertad individual; y, la exigencia de fuga sería inexigible a un agredido físicamente incapaz de huir, por ejemplo, un cojo o una mujer embarazada.⁶⁶

Si por ejemplo X va por la calle y es interceptado por Y, quien va acompañado por Z, y empiezan a golpearlo y lo atacan con un cuchillo, y este logra derribarlos al suelo antes que lo hieran, pero se paran al instante para seguir golpeándolo, pero X les empieza a tirar piedras hasta que los dos sujetos se retiran del lugar; no era obligación ni le era exigible a X que huya de la escena de la agresión cuando Y y Z estaban caídos en el pavimento, porque estos se pararon al instante para continuar con el ataque, por lo que sí será un caso de legítima defensa. Si bien el agredido tiene que elegir, entre los medios defensivos de los que dispone, el que traiga consigo la menor pérdida para el agresor, la huida no debe contabilizarse entre estos medios de protección, pues esquivar el ataque no constituye una defensa propiamente dicha.⁶⁷

En este ejemplo, pese a que el sujeto agredido puede huir de la escena, no es su deber u obligación hacerlo, ya que será el sujeto agresor el titular de la esfera organizativa lesiva, es decir él está obligado a detener el ataque contra el agredido. Por más que la agresión se pueda eludir sin mayores complicaciones, en ningún caso queda excluida la propia necesidad genérica de defensa, porque con la elusión se menoscaba cuando menos la libertad ambulatoria del agredido.⁶⁸

⁶⁶ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho penal parte general, p. 544.

⁶⁷ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 106

⁶⁸ Baldó Lavilla, Francisco. Estado de necesidad y legítima defensa, p. 312.

2.3 La legítima defensa en las relaciones de garantía

La legítima defensa en las relaciones de garantía se da en los casos en que tanto el sujeto agresor y el sujeto agredido tienen un vínculo afectivo o familiar. Uno de los ejemplos más claros para entender este punto, es el caso de los cónyuges. Es decir, cuando uno de ellos agrede al otro, y este se defiende; sin embargo, la pregunta es ¿Cuál es la medida para ejercer la legítima defensa? O, mejor dicho, ¿Cuál es el límite de la defensa que uno de ellos puede ejercer contra el otro? No debe ser jurídicamente exigible a los convivientes que soporten ataques o situaciones peligrosas, por el solo hecho de tener una posición de garantía derivada de la relación convivencial, familiar, paterno-filial o análoga.⁶⁹ La doctrina mayoritaria afirma que la legítima defensa debe tener unos límites éticos- sociales, que sus requisitos rígidos deben ser compatibilizados con lo social en casos determinados⁷⁰. En el ámbito de las relaciones matrimoniales y familiares se requieren establecer unos límites, y además sus alcances.

Postular que, ante la agresión de uno de los cónyuges al otro, este deba sólo evitar el ataque o huir de él, resultaría ilógico, y pondría en un estado desfavorable al cónyuge agredido, además de poner en peligro su vida, ya que en ocasiones se necesita más que eso para repeler una agresión ilegítima, o le podría causar daños menores. El matrimonio no es una licencia para matar al otro cónyuge, por lo que la legítima defensa debe, por tanto, ser determinada según las exigencias generales establecidas por la

⁶⁹ Derecho Penal Parte General. Legítima Defensa: Las agresiones ilegítimas anulan los deberes de garante. 2012, T. 40, p. 80.

⁷⁰ Perdomo Torres, Jorge ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? p. 13

ley.⁷¹ Se deben establecer unos parámetros en estas relaciones familiares. Intentar afirmar que se debe soportar el ataque sin defenderse, sería injusto para el cónyuge agredido, y no es aceptado en ninguna sociedad. Este no tiene el deber de aguantar la agresión del otro, sino que puede utilizar cualquier medio defensivo, siempre y cuando se cumplan los presupuestos jurídicos del artículo 20º inciso 3 del Código Penal. Lo mismo aplica para las otras relaciones familiares, como las de padre-hijo, las relaciones que hay entre hermanos, etc. Sin embargo, soy de la opinión que en estos casos se debe recurrir al medio menos lesivo, es decir al medio más suave para repeler o impedir el ataque.

Por ejemplo, en el caso que la esposa abofetee al marido, este no tiene derecho a matarla para así evitar la agresión ilegítima, sino que debe utilizar otros medios, como por ejemplo coger las manos de la esposa para así evitar que lo siga abofeteando o quizás puede recurrir a utilizar un empujón. La teoría del doble fundamento da por terminada la relación de solidaridad entre los cónyuges, en caso de graves agresiones o en caso de agresiones leves, pero con las que continuamente uno de los cónyuges somete al otro.⁷² Es decir, el vínculo existente entre ambos desaparece, la solidaridad entre los dos cónyuges deja de existir, debido a un ataque grave, como por ejemplo que uno de los cónyuges agrede al otro con un cuchillo, y este le dispara con una pistola y lo mata. Esto, sería incorrecto, por lo que me aparto de esta postura, como lo hice al inicio con el tema del fundamento de la legítima defensa. A pesar que las agresiones de uno de los cónyuges en contra del otro, anulan la posición de garante, debe tomarse en cuenta el fundamento de la legítima defensa, y al cual me he adherido. El cónyuge agredido afirma la

⁷¹ Hurtado Pozo, José; Prado Saldarriaga, Víctor. Manual de derecho penal parte general, p. 522.

⁷² Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p. 183

relación jurídica personal que existe entre ambos. La proporcionalidad entre la defensa y la agresión hace alusión a que se escojan los medios que pongan fin al ataque de forma inmediata y definitiva y que, además, representen el mínimo de costes para el agresor; por eso el criterio de la proporcionalidad sólo permite fundamentar una limitante de la legítima defensa cuando el medio más leve es, además, el más idóneo para repeler la agresión⁷³. Es por ello que el principio de solidaridad no da por terminada la relación entre ambos cónyuges, sino que existe aún un mínimo de solidaridad. La figura de la legítima defensa, como garantía por excelencia de las relaciones jurídicas puras, ya no es salvaguarda de la juridicidad cuando mediante su ejercicio se desconozca el mínimo de solidaridad institucionalizada en el Estado y el deber de “sacrificio” que deriva de él; no se trata de una limitante del derecho de defensa, sino más bien de su concreta legitimación en el Estado.⁷⁴ Lo que se busca es que el sujeto agredido sacrifique en un mínimo sus derechos, sin llegar a la consecuencia de salir lesionado, logrando a la vez la estabilidad del orden jurídico. Por ejemplo, si la esposa para defenderse de la bofetada de su esposo, le dispara con su arma de fuego, habrá un exceso de legítima defensa, ya que la esposa no ha cumplido con la mínima solidaridad y el mínimo sacrificio exigidos.

Otro ejemplo es el de los funcionarios de las fuerzas armadas, como por ejemplo los policías y los militares. Aquí quiero mencionar la incorporación del inciso 11 al artículo 20° del Código Penal que señala: *está exento de responsabilidad penal.... 11) El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa cause lesiones o muerte.*

⁷³ Perdomo Torres, Jorge ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? p. 13.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 17

Traigo a mención este artículo del Código Penal porque antes de su promulgación, los agentes de las fuerzas armadas y de la policía debían tener mucho cuidado al usar sus armas de fuego; y había límites para que no cometan excesos. Sin embargo, con esta nueva ley están exceptuados de responsabilidad penal, y por lo tanto no habrá investigación penal. Pero el problema aquí es el siguiente con la nueva ley: ¿se tienen que cumplir con todos los presupuestos de la legítima defensa en el caso que un policía o un militar use su arma de fuego para defenderse ante un ataque o agresión inminente, para que estén exentos de responsabilidad penal?

Hasta antes de la promulgación de la norma referida, no había impedimento para que los agentes usen sus armas de fuego en legítima defensa, sin embargo, tenían que cumplirse los requisitos expuestos líneas arriba para evitar excesos, sino se les acusaba y juzgaba penalmente. Pero en mi opinión con la nueva norma, al parecer ya no tiene importancia si es que concurren o no los presupuestos de la legítima defensa para exceptuar de responsabilidad penal a los agentes de las fuerzas armadas, ya que la norma es tajante al referirse que el único límite es el cumplimiento de su deber. Esto daría como resultado que los policías o militares ya no se les pueda juzgar penalmente si lesionan o matan a terceros. Es más, ya no cabría alegar legítima defensa ante los casos de que un agente sea agredido o atacado por un tercero y se defiende. Como, por ejemplo, en el caso que un policía persiga a un ladrón que ha robado y este empieza a dispararle con una pistola, si el policía dispara y lo mata, con el referido artículo antes mencionado, no habría responsabilidad penal, ya que lo hizo en cumplimiento de sus funciones.

2.4 El exceso en la legítima defensa

Como dije en el primer capítulo de este trabajo, 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. Se requiere no traspasar la necesidad de la defensa y que para impedir o repeler la agresión, los medios empleados deben ser racionales. Sin embargo, lo que debe quedar excluido es el exceso de legítima defensa, en donde el agente utiliza medios defensivos desproporcionados al ataque, o los que tiene a su alcance los utiliza de manera irracional. Como, por ejemplo, en el caso que una mujer le empieza a dar bofetadas y puñetes a un hombre, pero esta saca su pistola y le dispara cinco veces, matándola en el acto.

En primer lugar, hablamos de un *exceso intensivo o exceso en la respuesta*, que es aquel en donde el sujeto supera los límites de la defensa necesaria, es decir utiliza de modo irracional los medios disponibles que tiene a su alcance para repeler el ataque. Este es el caso del ejemplo que mencioné antes, en donde una mujer empieza a dar bofetadas a un hombre y este para defenderse, saca su pistola y le dispara cinco veces, matándola en el acto. En este ejemplo, hay un uso irracional de la defensa del hombre para repeler la agresión de la mujer, toda vez que para que se configure la legítima defensa debió utilizar un medio menos lesivo, como por ejemplo un empujón o quizá también darle una bofetada para que no continúe agrediendo, pero no efectuar cinco disparos que le generen la muerte. En este tipo de exceso, se permitiría la eximente incompleta de responsabilidad, la cual se encuentra en el artículo 21° de nuestro Código Penal.

Y, en segundo lugar, *existe un exceso extensivo o exceso en la causa o cronológico*. Consiste en la reiteración o prolongación innecesaria de la acción en el tiempo: el sujeto supera los límites temporales de la defensa, cuando en realidad no hay agresión o cuando ésta ya no subsiste porque ha cesado el

peligro.⁷⁵ Por ejemplo, si un ladrón me intenta robar y me amenaza con un cuchillo, yo saco mi arma y efectúo dos disparos al aire, y el ladrón huye, sería un exceso de legítima defensa si después de la huida del ladrón, lo persigo, lo alcanzo, le disparo al cuerpo y lo lesiono o le genero la muerte.

O cuando una persona piensa que otra lo va a atacar y le lanza una piedra en la cabeza y lo lesiona de gravedad, por lo que no existiría un ataque ilegítimo, y sería un exceso de legítima defensa. Este tipo de exceso, excluye toda forma de legítima defensa.

Ahora bien, cabe preguntarse si es que todo exceso de legítima defensa da lugar a una nueva legítima defensa. Algunos autores señalan que no cabría legítima defensa en este supuesto, porque no se darían los presupuestos arriba mencionados, esto es una agresión ilegítima, actual e inminente, y además sí existiría provocación por parte del sujeto que se defiende del exceso de legítima defensa, ya que fue este el que incitó y provocó la defensa excesiva del sujeto agredido en el primer actuar jurídico. Sin embargo, otra parte de la doctrina afirma que, sí cabría legítima defensa contra el exceso de legítima defensa, puesto que esta sería una conducta antijurídica e injusta, y por lo tanto contraria a derecho, por lo que sí estaría justificado que ahora el sujeto agredido impida o repela la defensa excesiva del otro sujeto. En mi opinión, me aparto de estas dos posturas, y optaré por utilizar otra solución, que es el estado de necesidad defensivo, para así poder resolver esta cuestión. El estado de necesidad defensivo es aquel en donde el sujeto afectado por la acción de salvaguarda, es competente en alguna medida (de modo preferente), de la fuente de peligro que origina; sin embargo, el

⁷⁵ Peña Pesina, María de Lourdes. El exceso en la legítima defensa [en línea], Internet; Consulta 06 de septiembre del 2017. Disponible en eprints.uanl.mx/5378/1/1020149240.PDF.

comportamiento humano (acción de salvaguarda) que crea la fuente de peligro, no constituye agresión ilegítima; el peligro amenazante le es objetiva, pero no plenamente imputable, es decir, la fuente de peligro puede emanar de hechos que no constituyen agresión ilegítima.⁷⁶ Para el caso del exceso de legítima defensa, el sujeto afectado será aquel que actuó de manera excesiva, es decir el sujeto que quiso defenderse de la primigenia agresión ilegítima del agresor, pero al hacerlo, lo hizo excediendo los límites de la legítima defensa. Y el sujeto necesitado, es aquel que agredió en un primer momento al otro sujeto, pero que ahora utiliza acciones de salvaguarda, para así evitar un peligro contra sus propios bienes o de terceros, que proviene del exceso de la legítima defensa, ya sea lesionándolos o destruyéndolos. Ahora bien, por el principio de solidaridad el sujeto afectado, debe soportar o tolerar, las acciones de salvaguarda. Por otro lado, no toda acción de salvaguarda del sujeto afectado es legítima: no lo será cuando afecta intereses que sobrepasan los límites del baremo restrictivo del estado de necesidad defensivo, es decir que no lesionen un interés predominante sobre el salvado del sujeto afectado.⁷⁷ Sin embargo, los comportamientos humanos que dan origen a acciones de salvaguarda de un peligro actual e inminente, originado por aquellos, no deben constituir agresiones ilegítimas. Es por ello, que cabe hacernos esta pregunta: ¿el exceso de la legítima defensa es considerado una agresión? Definiendo, primero que es una agresión, ésta es una conducta ilegítima que pretende amenazar con lesionar bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico. Ahora bien, antes debemos responder, qué es una agresión ilegítima. Es toda aquella conducta que carece de cualquier título de legitimidad, es decir es contraria al Ordenamiento Jurídico, ya que no existe un derecho a lesionar.

⁷⁶ Chocano Rodríguez, Reiner. Situaciones de necesidad de las que derivan causa de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo, pp.7.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 8

Entonces, para que exista un exceso, se requiere que primero exista dicha causa de justificación, por lo que no puede ser considerado antijurídico, ya que es producto de la legítima defensa, y esta es consecuencia de una agresión ilegítima. Es decir, el sobrepasar los límites de la legítima defensa, no puede ser considerado como una agresión, porque no se está amenazando un bien jurídico. La agresión primigenia, es la que origina el uso de la legítima defensa, y el exceso es parte de esta. Por lo tanto, estamos hablando no de una agresión antijurídica, sino de un peligro actual e inminente. Este es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión de un bien no es improbable, de acuerdo al curso causal que es de esperar; la amenaza del peligro actual o la inminencia del peligro, tiene que ver con la potencialidad perenne del peligro amenazante para un interés protegido.⁷⁸ En conclusión, el que al menos actúa sin culpabilidad no le niega a otro de forma apreciable el reconocimiento como persona, ya que debido a su ausencia de responsabilidad carece de competencia por un comportamiento con ese significado comunicativo.⁷⁹

Sin embargo, trataré también el exceso de la legítima defensa como una causa de inexigibilidad de la culpabilidad. La exigibilidad de otra conducta, como elemento de la culpabilidad, se constituye a partir de la idea de que una conducta delictiva solamente puede reprochársele al autor si este contaba con un grado de resistencia personal que le habría llevado a no cometer el delito⁸⁰. Este es el caso de las reacciones excesivas hechas en las situaciones de legítima defensa. En ese orden de ideas, cuando el sujeto agredido utiliza una defensa racional, cumpliendo los

⁷⁸ Ibidem, pp. 10

⁷⁹ Jakobs, Gunther. Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión, p. 202

⁸⁰ García Caveró, Percy. Derecho penal parte general, p. 642.

requisitos exigidos de la legítima defensa, y sin exceso, la conducta no será antijurídica, no existiendo culpabilidad. No obstante, cuando el sujeto utiliza una defensa irracional o excesiva, la conducta será ilícita, por lo que será una acción antijurídica. Como expliqué líneas arriba, el exceso en la defensa puede ser intensivo, donde el sujeto supera los límites de la defensa necesaria, y un exceso extensivo, en el cual el sujeto supera los límites temporales de la defensa. Para el carácter antijurídico del exceso en la legítima defensa, el ordenamiento jurídico entiende que no se le puede exigir a una persona sometida a las circunstancias de una agresión ilegítima que realice una ponderación exacta de la racionalidad y oportunidad de defensa; si el exceso de legítima defensa se debe a un estado pasional asténico (ofuscación, miedo, temor, etc) que suscita la agresión ilegítima, no cabrá afirmar un injusto culpable⁸¹. Es por ello que, al sujeto agredido no se le puede reprochar su conducta, ya que el exceso de defensa lo debe asumir el sujeto que provocó la agresión, siendo que, con su actuación irresponsable se dio dicho exceso. Por ejemplo, si una persona es agredida por otra, quien es más grande y fuerte, pero esa persona porta un arma de fuego, sería irracional, y por lo tanto excesivo, que dispare cinco veces contra su agresor, ya que con un solo disparo bastaba para repeler el ataque, no era necesario efectuar otros disparos, por lo tanto, esa conducta sería antijurídica, debiendo responder penalmente por dicha actuación excesiva.

Solamente en los casos en que la situación excepcional de una agresión ilegítima no le permite al agredido ponderar adecuadamente la intensidad de su defensa, podrá admitirse un supuesto de inexigibilidad de otra conducta, y por lo tanto exonerarlo de responsabilidad penal por el exceso⁸². Pero, si el sujeto agredido, en el caso concreto, pudo ajustar la intensidad de

⁸¹ *Ibidem*, pp. 655 y 656.

⁸² *Ibidem*, p. 656.

la defensa utilizada a la agresión ilegítima, le es exigido que actúe de acuerdo a la racionalidad de la defensa, por lo que, si comete un exceso, no estará exento de responsabilidad penal.

2.5 La equivocada aplicación del criterio de proporcionalidad en la legítima defensa

El criterio de proporcionalidad estuvo vigente hasta el año 2003, año en que fue derogado del artículo 20° de nuestro Código Penal. Sin embargo, actualmente los fiscales y/o jueces de nuestro país, siguen utilizando y aplicando este criterio en la emisión de sus disposiciones y sentencias respectivamente. Pero, ¿de qué trataba este principio utilizado aún como fundamento? El criterio de proporcionalidad, de notorio contenido objetivo, colocaba al agredido en una situación de desventaja al no contar siempre con un instrumento igual o proporcional al utilizado por el agresor: solo cabía defenderse con un cuchillo si el asalto era con arma blanca.⁸³ Pretender que se configure la legítima defensa en base al principio de proporcionalidad es erróneo, ya que no se requiere que el medio empleado para la defensa sea análogo o igual al de la agresión ya que podría ser inalcanzable y podría poner en riesgo la vida del sujeto agredido. Es decir, si alguien me ataca con una navaja, no se puede pretender que, para defenderme, también deba usar una navaja o algún arma blanca como por ejemplo un cuchillo, ya que en ese momento no tengo una navaja para defenderme del ataque. Si tengo una pistola y la uso para defenderme (de manera racional, por ejemplo, efectuando disparos al aire para que el agresor huya o disparando a las piernas, sin que el disparo sea letal), y el agresor muere a causa de un disparo, se puede alegar legítima defensa, ya que era el único medio para la defensa y se usó razonablemente.

⁸³ Meini, Iván. Lecciones de derecho penal- parte general. Teoría jurídica del delito, p. 340

En cada caso concreto para determinar la racionalidad del medio empleado y la necesidad de la defensa, habría que analizar las circunstancias como por ejemplo los medios de defensa y ataque empleado o la peligrosidad del agresor, que están recogidas en el literal b, inciso 3 del artículo 20° del Código Penal peruano. No debe darse necesariamente una proporcionalidad entre el daño causado con la defensa causada con la defensa del agresor y el daño que la agresión hubiera causado; la defensa será justificada no por su proporcionalidad sino por su necesidad, para lo cual se debe utilizar un método Hipotético- Comparativo, ex ante, cuáles eran los menos lesivos para repeler el ataque; por lo que es un error exigir la proporcionalidad objetiva de los medios empleados.⁸⁴

Por eso, la necesidad racional del medio deberá ser estimada a partir de la proporcionalidad entre la lesión que el medio puede causar y la lesión que se pretende evitar, no se exige, pues una proporcionalidad matemática entre el daño causado por la acción defensiva con el posible daño que la agresión hubiese causado.⁸⁵

Ahora bien, quiero explicar cómo las diferentes teorías llegan a una solución de por qué la acción defensiva puede exceder el límite de la proporcionalidad de la legítima defensa. En primer lugar, está la teoría supraindividual, la cual señala que el principio de proporcionalidad no constituye un límite a la legítima defensa, ya que el principio de proporcionalidad constituye un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, pues la pena ha de ser proporcional, y en cambio en una situación de legítima defensa sí se le concede al agredido el derecho a una defensa desproporcionada con tal de que esa defensa sea

⁸⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal parte general, p. 686.

⁸⁵ *Ibidem*, P. 682.

necesaria.⁸⁶ Por lo que el Derecho se afirma ante el injusto sin ser limitado por el principio de proporcionalidad. Pero esta sería contradictoria, ya que existiría un principio de proporcionalidad para la pena y otro para la legítima defensa. Sin embargo, esto no debe ser admitido, porque de ser así, existiría una distinción entre las relaciones entre los particulares y aquellas en las que el propio Estado forma parte. La concepción supraindividualista, debe conceder que, si la legítima defensa no está limitada por el principio de proporcionalidad, el agredido afirma la vigencia del Derecho a costa de violar principios fundamentales del propio orden jurídico que la acción defensiva contribuye a mantener.⁸⁷ Por lo tanto, el principio de proporcionalidad debería ser interpretado en el sentido de una prohibición del exceso, es decir, la ausencia de una crasa desproporción entre la agresión y la acción defensiva.⁸⁸ Por otro lado, tenemos a la teoría dualista, la cual señala que el sujeto agredido puede utilizar todos los medios necesarios para resguardar sus bienes jurídicos, sin importar que el daño causado al sujeto agresor sea mayor al que se quiere impedir. Así es como se afirma el prevalecimiento del Derecho ante el injusto. Sin embargo, como la teoría dualista tiene también algo de la concepción individualista, se crea un inconveniente al querer fundamentar que la legítima defensa no está limitada por el principio de proporcionalidad.

En conclusión, el principio según el cual en la determinación de lo necesario para la defensa no entran en consideración cuestiones de proporcionalidad, no se puede explicar mediante el principio de protección de bienes individuales, ni mediante el principio de afirmación del Derecho, ni mucho menos puede fundamentarse mediante la unión de ambos principios; el principio de asunción de costes por el propio

⁸⁶ Palermo, Omar. La legítima defensa: una revisión normativista, p .112

⁸⁷ *Ibídem*, p. 190

⁸⁸ *Ibídem*, p. 114.

comportamiento organizador es lo que determina que en la legítima defensa no se recurra a una ponderación de entre bienes del agresor y los bienes del agredido.⁸⁹

El propio sujeto agresor es el que pone en juego sus bienes jurídicos al poner en peligro los bienes jurídicos del sujeto agredido, por lo que no cabrían en la legítima defensa criterios de proporcionalidad.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 190.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LOS CASOS LUIS MIGUEL LLANOS Y GASTÓN MANSILLA

Estos dos casos fueron muy comentados en estos últimos años por la prensa y la sociedad, en donde la figura de la legítima defensa estuvo presente. Hubo mucha controversia en torno a la actuación de los fiscales de cada caso, así como también se hizo sentir la voz de la opinión pública. A continuación, analizaré si es que en cada uno de ellos hubo o no causa que exima responsabilidad penal, y si la hubo, verificar si existió o no un exceso en la legítima defensa, tomando en cuenta lo desarrollado líneas arriba.

En el caso de Gastón Mansilla, los hechos fueron los siguientes: la persona de Cristian Dorian Arenas Perona, conjuntamente con el occiso Víctor Manuel Ríos Acevedo, empleando violencia, sustrajeron del agraviado Huber Amed Albuja Pardo, su celular marca ZTE, color blanco, hechos que se suscitaron el día 7 de enero del 2012 a las 18:30, siendo que el occiso amenazó con un arma punzocortante (navaja) al agraviado con la finalidad de apropiarse de su celular, mientras que el

denunciado Cristian Dorian Arenas Perona logró sustraer el celular. Así mismo, cuando sucedieron los hechos del robo, se encontraba transitando por el lugar Gastón Mansilla Yupanqui, quien se percató de que Cristian Dorian Arenas Perona, conjuntamente con el occiso, se encontraban asaltando a una persona, a lo cual no le prestó importancia, continuando con su recorrido, no obstante el occiso se le acercó con el fin de sustraerle sus pertenencias, amenazándolo con una navaja; ante ello el denunciado Gastón Mansilla lo repelió verbalmente, sin embargo el occiso continuó amenazándolo, por lo que el denunciado se alejó hacia la pista ante la insistencia, sin embargo, haciendo uso de su arma de fuego, disparó contra el occiso Víctor Manuel Ríos Acevedo, ocasionándole la muerte, conforme se advierte del acta de levantamiento de cadáver.⁹⁰ Al denunciado se le imputó el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio simple en agravio de Víctor Ríos Acevedo. Su defensa alegó que hubo causal que exime responsabilidad penal (legítima defensa).

En este caso, tenemos que analizar si es que concurren los elementos del artículo 20° inciso 3 para alegar que existió legítima defensa, para luego analizar si hubo o no exceso en la legítima defensa. Tenemos que analizar si se da el primer requisito, es decir, que haya existido una agresión ilegítima o antijurídica. De acuerdo a los hechos planteados, el imputado usó su arma de fuego para repeler un supuesto ataque o agresión, ya que el occiso sacó a relucir una navaja y se la mostró al imputado para poder robarle. Sin embargo, para que se configure una agresión ilegítima (primer requisito), esta debe de ser actual e inminente. En este sentido, la exigencia de que sea actual se entiende como una agresión inminente, que esté teniendo lugar o

⁹⁰ Cfr. Palomino Ramírez, Walter; Valenzuela Ylizarbe, Fredy. La legítima defensa: Análisis del caso Gastón Mansilla Yupanqui, pp. 130-132.

que prosiga.⁹¹ Ahora bien, Gastón relató que él repelió las amenazas de manera verbal, amedrentándolo, y se apartó a la pista, por lo que en ese momento el sacó su arma y disparó.

La pregunta aquí es ¿hay una agresión ilegítima? En mi opinión, sí hay un ataque antijurídico, puesto que el occiso quiso robarle sus pertenencias tal y como lo hacían con la otra presunta víctima. Al momento en que se le acercó el presunto asaltante portando un arma blanca, con la intención de robarle, Gastón lo amedrentó de manera verbal y se apartó a la pista, por lo que ya había pasado la agresión; no fue un ataque actual, sino que tuvo lugar en el pasado. El recriminarle, reprocharle y apartarse a la pista fue suficiente para impedir la agresión. La agresión debe ser inminente y actual, pero en el momento en que el denunciado se apartó de la agresión, ésta ya no tenía lugar en el tiempo, es decir se extinguió, sin generar un daño en el joven. Ahora bien, si Gastón ya había repelido la agresión de manera verbal, apartándose de la situación, ¿por qué le disparó a su agresor? Fue suficiente irse a la pista, es más pudo correr o huir para evitar que el ladrón le robe sus pertenencias, sin embargo, le disparó. Existe una voluntad de defenderse o repeler un ataque, porque en este caso sí hubo un ataque, además de amedrentar de forma verbal al imputado.

Ahora bien, de acuerdo al segundo presupuesto (medio racional para repeler o impedir el ataque), Gastón no usó su arma de manera racional ya que no había una necesidad real, sin embargo, disparó contra el presunto asaltante; aunque pudo evitar las amenazas de otra manera, como por ejemplo empujar al presunto agresor y correr, o evitarlo (cosa que sí hizo, puesto que lo amedrentó de manera verbal y se apartó hacia la pista, como fluyen de sus declaraciones), pero él pensó que el presunto delincuente lo venía siguiendo para agredirlo y para robarle sus

⁹¹ García Cavero, Percy. Lecciones de derecho penal parte general, p. 480.

pertenencias, por eso mismo sacó su arma y disparó. Hipotéticamente, esto pudo suceder. El peligro latente de lesionar un bien jurídico ya había desaparecido y por ende la necesidad de defensa. No fue necesario utilizar el arma para evitar el supuesto peligro, porque este desapareció en el momento en que Gastón repelió de manera verbal el ataque y se apartó de su atacante.

Otro punto importante es ver si el denunciado fue el que provocó la agresión (para que se cumpla el tercer requisito), y en este caso el joven no la provocó porque él iba caminando de forma tranquila por la calle, cuando fue interceptado por la víctima y se produjo la agresión, como puede verse de la narración de los hechos. El hizo nada para producirla, ya que el presunto ladrón fue el que se acercó con un arma punzocortante (navaja), con el fin de amenazarlo y luego robarle. Entonces, sí se cumpliría el tercer y último requisito de la legítima defensa.

Para WALTER PALOMINO Y FREDY VALENZUELA:
“tal comportamiento configuraría una legítima defensa imprudente, pues si bien es cierto se creó un riesgo no permitido (no se encuentra permitido disparar a una persona, lo que para la justificación de hechos imprudentes se entendería no como una infracción conducta del deber de cuidado, sino como la realización de un riesgo cognoscible ya no permitido), tal se encontraría justificada, pues concurrió –supongamos- previamente una agresión ilegítima (ataque con arma punzocortante), que fue contrarrestada a través de una defensa necesaria (arma de fuego), y no existió provocación por parte del que realizó la defensa (dicha persona solo transitaba pacíficamente por una avenida)”.⁹²

⁹² Palomino Ramírez, Walter; Valenzuela Ylizarbe, Fredy. Art. Cit., pp. 130-132

En mi opinión, no estoy de acuerdo con la referencia de estos autores, que postulan la teoría de la legítima defensa imprudente, por lo que pasaré a analizar si en el caso concreto existió o no un exceso de legítima defensa. El joven utiliza su arma de fuego (medio de defensa) cuando la agresión ya se ha extinguido. En el momento en que logra reprimir las amenazas verbales de su agresor, y baja a la pista porque ha evitado la amenaza al dejar al agresor a un lado, el ataque ha finalizado, se ha extinguido, por lo que defenderse ya no tiene sentido. Se estaría configurando, en conclusión, un exceso extensivo o cronológico de legítima defensa, ya que ha sobrepasado los límites temporales de esta. Es decir, el peligro actual e inminente ha cesado, desapareció cuando Gastón lo repelió de forma verbal, por lo que disparar con su arma de fuego fue innecesario. Por otro lado, debemos ver si existió o no un exceso intensivo. De acuerdo a lo referido líneas arriba, el exceso intensivo es aquel en donde el sujeto supera los límites de la defensa necesaria, es decir utiliza de modo irracional los medios disponibles que tiene a su alcance para repeler el ataque. En el caso concreto, Gastón utilizó su arma de fuego de manera irracional, ya que al momento que bajó hacia la pista, después de evitar ser atacado por el presunto delincuente, disparó contra este, sin tener en cuenta que la agresión ya se había extinguido. Por lo que no usó razonablemente su arma de fuego. Por lo que, en este caso, se debe concluir que sí existió una causa que exime de responsabilidad (legítima defensa), sin embargo, de acuerdo a los hechos narrados, hubo un exceso en esta. Es por ello, y de acuerdo al tema del exceso de la legítima defensa como causal de inexigibilidad de la culpabilidad, habría que analizar si la conducta excesiva de Gastón se subsume en este caso. De acuerdo a esto, tenemos que ver si desde la situación en la que estaba el agredido le fue posible hacer una ponderación de la intensidad de la defensa. Es decir, si el sujeto agredido tuvo o no la capacidad de ajustar su defensa a la intensidad de la agresión. En el caso concreto, después que la agresión se extinguió, Gastón le disparó al ladrón, dándose un exceso

extensivo de legítima defensa. Pero, ¿qué sucede en estos casos? ¿Existiría inexigibilidad de otra conducta? O ¿Gastón sería responsable penalmente por su conducta e iría a la cárcel? Tomando en cuenta lo anterior, opino que este exceso se debió al miedo ocasionado por la agresión del occiso. Hubo un temor por parte del sujeto agredido que no le permitió realizar una ponderación de su defensa, entonces será la víctima la que asuma este exceso, generado por su conducta, y no el sujeto agredido. Por lo tanto, se debe descartar la culpabilidad, ya que existe inexigibilidad de otra conducta, no siendo reprochable su actuación, concluyendo, por lo tanto, que Gastón estaría exento de responsabilidad penal.

El caso de Luis Fernando Llanos Carrillo fue muy complejo y confuso. Los hechos fueron los siguientes: *“El día 27 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 20:15 horas, cuando la persona de Andrea Voto Bernales Larraín a bordo de su vehículo de placa de rodaje A3U-536, se encontraba estacionada en la cuadra 02 de la Avenida Trípoli en el Distrito de Miraflores, con la finalidad de esperar al denunciado **Luis Miguel Llanos Carrillo**, ella fue interceptada por **Sebastián Anchante Pérez** y **Luis Santos Silva Requena**, portando uno de ellos el arma de fuego Pietro Beretta, con la cual la amenazaron y la obligaron a descender de su vehículo para despojarla de sus pertenencias; instantes en el que hizo su aparición el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo quien al advertir que su enamorada Andrea Voto Bernales Larraín había sido interceptada, por las personas de Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez, procedió a efectuar hasta 07 disparos con su pistola marca BERSA, calibre 9 milímetros, dos de los cuales impactaron en la humanidad de Silva Requena y Anchante Pérez y otros 02 disparos impactaron en la carrocería del automóvil marca Nissan color rojo de placa de rodaje COX-685 (cuya placa original es CQI-873), en cuyo interior dos más –que no han sido identificadas- se dieron a la fuga. Así se tiene que,*

debido a la intervención del denunciado Llanos Carrillo se llegó a frustrar el delito de robo; debiéndose apreciar la intensidad y peligrosidad de la agresión sufrida por Bernales Larrain (no solo en su patrimonio sino también en su integridad física), el proceder de los cuatro agresores y los medios de los que disponía en esos momentos el denunciado Llanos Carrillo para defender a su enamorada e incluso también la suya, por lo que teniendo en cuenta que en el lugar de los hechos si bien no se hallaron restos de disparos de arma de fuego distintas a la que portaba Llanos Carrillo; advierte la Representante del Ministerio Público, que se habría cometido el delito de homicidio simple, en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, ya que si bien es cierto que existió una agresión ilegítima por parte de Silva Requena y Anchante Pérez y sus dos acompañantes –quienes se dieron a la fuga al interior del automóvil marca Nissan color rojo antes citado-, por la forma en que se desarrolló el evento delictivo, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo se habría excedido en dar respuesta a la agresión sufrida por su enamorada (racionalidad de la defensa), primero agrediendo físicamente (lesiones causadas antemortem) a Silva Requena y Anchante Pérez y luego haciendo uso de su arma de fuego efectuó siete disparos, dos de los cuales impactaron mortalmente en la integridad física de Silva Requena y Anchante Pérez (quienes al ser examinado para determinar metales en sus manos estos resultaron no compatibles por disparos)”⁹³

Además, Luis Llanos, en su declaración, refiere que “*el día 27 de diciembre de 2011 aproximadamente a las 19:30 horas, se encontraba en el interior del departamento de un amigo Enrique Hugo Alarcón donde dejaría unas tablas, las mismas que serían recogidas por su amigo Mauricio Sevilla, indicando que había llamado a su novia Andrea Voto Bernales Larrain para que lo*

⁹³ Exp. N° 26736-2012-0-1801-JR-PE-25; 25° Juzgado Penal - Reos Libres-Lima; Resolución Nro. 05.

*recogiera, como otras veces ya lo había hecho, acostumbrando estacionar su vehículo frente a la puerta principal del ingreso al edificio. Asimismo, señala el declarante que tenía un morral que contenía en su interior, entre otras cosas, una computadora y su arma de fuego, la misma que se encontraba abastecida con seis proyectiles, siendo que caminó algunos metros hacia el vehículo, observando y presagiando que algo malo ocurría ya que había visto a dos sujetos, a uno de ellos solo le vio las piernas, quien se encontraba al lado del piloto, donde se hallaba su novia y al otro sujeto si le observó todo el cuerpo, quien estaba al lado del copiloto, ellos no se percataron de su presencia, pero si un tercer sujeto quien al verlo le dispara y corre hacia un vehículo estacionado de forma diagonal, por lo que, inmediatamente sacó su arma del morral y todas las pertenencias que tenía las arrojó al piso, siendo que el sujeto que se encontraba amenazando a su novia, al escuchar el sonido de la bala, corrió hacia el lado del copiloto, donde ambos chocaron, seguidamente como tuvo a la vista a ambos sujetos, realizó varios disparos, logrando impactarle a los dos en diferentes partes del cuerpo, como estos se abatieron al piso, el sujeto que realizó el primer disparo, dentro del vehículo (Nissan TIIDA color rojo) le dispara por segunda vez, motivo por el cual dicho vehículo huye raudamente, realizando (el declarante) varios disparos hacia el vehículo, es en ese momento, donde observa que **uno de los sujetos abatidos le apunta al cuerpo para dispararle, siendo que como se trabó el arma, rápidamente lo despojó de la misma impactándole una patada en la mano (...)**⁹⁴*

Por su parte, la representante del Ministerio Público en la formalización de la denuncia penal, señaló lo siguiente como parte de su imputación fáctica: *“El denunciado habría cometido el delito de homicidio simple, en circunstancias de una legítima*

⁹⁴ Exp. N° 26736-2012-0-1801-JR-PE-25; 25° Juzgado Penal - Reos Libres-Lima; Resolución Nro. 05.

*defensa imperfecta, porque si bien es cierto que existió una agresión ilegítima por parte de Silva Requena, Anchante Pérez y sus dos acompañantes – quienes se dieron a la fuga en el automóvil marca Nissan color rojo antes citado -, por la forma en que se desarrolló el evento delictivo, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo se habría excedido en dar respuesta a la agresión sufrida por su enamorada (racionalidad de la defensa), primero agrediendo físicamente (lesiones causadas antemortem) a Silva Requena y Anchante Pérez y luego haciendo uso de su arma de fuego efectuó hasta siete disparos, dos de los cuales impactaron mortalmente en la integridad física de Silva Requena y Anchante Pérez (...).*⁹⁵ La defensa del denunciado argumentó que no había responsabilidad penal por la causal de legítima defensa. Primero, tenemos que ver si es que concurren los 3 presupuestos de esta figura antes mencionados, para que se de esta causa de justificación de la responsabilidad penal. Después, analizar si hubo o no un exceso de legítima defensa.

En primer lugar, tiene que haber una agresión ilegítima, es decir una conducta antijurídica que pretenda lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido por el ordenamiento. Sin embargo, debe ser una conducta actual e inminente, que se esté llevando a cabo en el tiempo, no una agresión que ya haya desaparecido, sino ese caso no cabría legítima defensa. Además, las agresiones o ataques pueden darse a cualquier bien jurídico protegido, como la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la familia, etc. De acuerdo a los hechos de este caso, Luis Llanos se percató que su novia estaba siendo asaltada por unos delincuentes, por lo que al salir del departamento un sujeto le dispara a matar con una pistola, pero falla en el disparo y no logra alcanzar al joven. Sin embargo, los otros dos sujetos que estaban amenazando a su novia, al oír el primer disparo, se percataron y

⁹⁵ Exp. N° 26736-2012-0-1801-JR-PE-25; 25° Juzgado Penal - Reos Libres-Lima; Resolución Nro. 05

apuntaron al denunciado, es más, uno de ellos sí trató de dispararle, sin embargo, el arma se trabó y la bala no pudo salir. Hubo un ataque real, actual e inminente que puso en peligro la vida de Luis, porque contra él se generó una agresión creada por la conducta de los delincuentes que pusieron en riesgo su vida, lo que ocasionó que el denunciado defiende la vida de su novia y la de él con su arma de fuego del ataque de los delincuentes que estaban fuertemente armados. Uno de los delincuentes efectuó disparos contra él, sin embargo, pudo huir del lugar de los hechos con una tercera persona, pero de las otras personas abatidas, una efectuó disparos, como lo demuestra el examen de absorción atómica, el cual arroja que tenía muestras de residuos en las manos, concluyendo que efectuó disparos con arma de fuego, a pesar que no se encontraron los casquillos del arma que portaba unos de los delincuentes. Por lo que en este caso se concluye que se cumple con el requisito de la agresión ilegítima, toda vez que, ante la actualidad de la agresión, el denunciado utilizó su arma para repeler el ataque de los delincuentes, que pusieron en peligro su vida y la de su novia. A diferencia de la legítima defensa propia, el agredido no es el que ejerce la defensa; toda persona puede ejercer esta defensa, sin que sea necesario que esté obligada a hacerlo por un deber de garante, sin embargo, es indispensable que la víctima tenga la voluntad de defenderse o de ser defendida por un tercero.⁹⁶ El denunciado defendió su vida y la de su novia, ya que si está permitida la defensa de terceros.

En segundo lugar, se debe cumplir con el segundo presupuesto que es la necesidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Impedir es imposibilitar la ejecución, estorbarla, y por todo esto entiende la ley que no debe esperarse que la agresión se consume; y la defensa puede repeler una agresión ya iniciada, por lo que la exigencia de actualidad se

⁹⁶ Hurtado Pozo, José; Prado Saldarriaga, Víctor. Manual de derecho penal parte general, p. 523.

verifica sin dificultades cuando se trata de un ataque ya iniciado.⁹⁷ Ahora bien, en este caso el denunciado utiliza su arma de fuego (tenía licencia) porque uno de los asaltantes le dispara al verlo salir del departamento, y los otros 2 sujetos, provistos de armas de fuego, le apuntan. Es decir, ya hay un ataque iniciado (el primer disparo ejecutado), y una puesta en peligro de su vida (el que le apunten los otros sujetos con sus armas), además de la de su novia que estaba siendo asaltada cuando el apareció. Por otro lado, uno de los sujetos sí intentó disparar su arma de fuego, pero la bala se trabó por lo que no se efectuó el disparo, es así como el denunciado pudo quitarle el arma y así evitar el peligro. En este sentido, la defensa debe ser acorde al peligro inminente, además de ser racional.

En el caso concreto, el señor Llanos procedió a usar su arma de fuego en vista que uno de los sujetos empezó a dispararle, sin mediar ninguna consecuencia. Además, ha quedado acreditado que su accionar fue por la peligrosidad con que actuaron los delincuentes, ya que dos de los sujetos que huyeron portaban armas de fuego, así como también los sujetos que quedaron abatidos, porque se encontró un arma de fuego que había sido disparada por uno de los delincuentes. Ahora bien, fueron en total cuatro sujetos totalmente armados los que participaron en el hecho delictivo (2 que quedaron abatidos y 2 que huyeron), por lo que el uso de su arma de fuego fue necesario para repeler el ataque. Por otro lado, la defensa debe ser racional, es decir que entre los medios que se tiene al alcance, se use el medio menos lesivo para repeler o impedir el ataque. En el caso en cuestión, la única forma de impedir el ataque de los delincuentes era que el denunciado utilice su arma de fuego, ya que, debido a la peligrosidad e intensidad de la agresión, el único medio idóneo era su pistola. Era inminente que los otros sujetos le iban a disparar a matar con sus armas de fuego porque le

⁹⁷ Cárdenas Díaz, Ítalo Fernando. La legítima defensa, p. 142.

estaban apuntando. Es en ese momento cuando él sacó su pistola y disparó contra los asaltantes. Uno huyó y los otros dos quedaron abatidos en el lugar del ataque. Por lo que concluyo que, para la defensa, el uso de la pistola fue necesario para impedir y/o repeler la agresión sufrida, además de racional.

Sin embargo, hay un punto que quiero precisar: si hubo o no exceso de defensa. Ésta es la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz.⁹⁸ Por ejemplo, si alguien se acerca y me quiere golpear y yo le asesto un golpe y lo tumbo, pero estando en el suelo lo pateo hasta quebrarle una costilla y lo golpeo en la cabeza generándole un trauma; eso será exceso de defensa porque ya no era necesario seguir golpeándolo en el piso y lesionarlo, sino solo retirarse del lugar. Es antijurídico y esa conducta genera responsabilidad penal. Por lo tanto, el exceso en la legítima defensa se presenta en el caso de las reacciones excesivas realizadas al amparo de una situación de legítima defensa.⁹⁹ En estos casos, hay desproporcionalidad entre el ataque y la defensa. Pero en el caso concreto, no hay un exceso de la referida figura, ya que Luis Llanos no tenía otro medio para repeler los ataques de los delincuentes. En ese momento su pistola fue el único medio eficaz para defender la vida de su novia y la de él. Si no hubiera tenido el arma de fuego, los asaltantes lo hubiesen asesinado.

⁹⁸ Tapia, Silvana C. La responsabilidad penal por el exceso de legítima defensa: consideraciones teóricas y tratamiento en el sistema penal ecuatoriano [en línea], *Internet*; Consulta 05 de junio del 2015. Disponible en http://www.academia.edu/6126884/LA_RESPONSABILIDAD_PENAL_POR_EL_EXCESO_DE_LEG%3%8DTIMA_DEFENSA_CONSIDERACIONES_TE%3%93RICAS_Y_TRATAMIENTO_EN_EL_SISTEMA_PENAL_ECUATORIANO

⁹⁹ García Cavero, Percy. Lecciones de derecho penal parte general, p. 539.

Por otro lado, la representante del Ministerio Público, en base a los resultados del examen del médico forense, afirma que Luis Llanos, les causó a los delincuentes lesiones, ya que, del resultado de la necropsia, se desprende que tuvieron varias costillas rotas, producidas por un agente duro. Sin embargo, no se ha podido acreditar que el denunciado haya sido el responsable de estas lesiones, por lo que sería irrelevante tomar en cuenta esto para fundamentar un exceso de legítima defensa, ya que no se sabe la forma, ni circunstancias, ni mucho menos el objeto utilizado que haya lesionado a los sujetos fallecidos, también, como refirió Llanos en su declaración, él solo golpeó la mano de uno de los delincuentes para poder quitarle el arma de fuego, ya que logró apretar el gatillo, pero el arma no se disparó, siendo esto aprovechado por el denunciado para alejar el arma. Además, la causa de muerte no fueron las lesiones, sino los disparos recibidos, los cuales impactaron en su humanidad, generándoles la muerte. Y finalmente, los 7 disparos efectuados por Llanos, no fueron todos realizados en contra de los occisos, sino que unos fueron hechos contra la camioneta en la cual huyeron los otros dos delincuentes, impactando solo dos en los fallecidos. Por lo tanto, no hubo en este caso, exceso de legítima defensa.

En tercer lugar, habría que ver si cumple con el tercer presupuesto que es el no haber provocado la agresión o ataque. De acuerdo a los hechos, el denunciado nunca provocó el ataque de los asaltantes, ya que él salió del apartamento de su amigo muy tranquilo para ir a ver a su novia, y al salir se estaba llevando a cabo el asalto, además los delincuentes, al notar su presencia, iniciaron el tiroteo, por lo que el para defenderse también efectuó los disparos. El no provocó la agresión de los delincuentes, sino que estos le dispararon con el fin de herirlo o matarlo, sin embargo, el denunciado se defendió también disparando, matando a uno de sus agresores y dejando al otro

herido. Por lo que si se cumple el tercer presupuesto de la legítima defensa.

Es por ello, que concluyo que en este caso sí hubo legítima defensa, ya que se cumplen los tres presupuestos, esto es, una agresión ilegítima, provocada por el actuar de los delincuentes, falta de provocación por parte de Llanos, y necesidad racional del medio empleado, es decir del arma de fuego usada por el denunciado. Por otro lado, tampoco hubo un exceso de legítima defensa, ya que el medio empleado por el imputado fue utilizado de manera racional. Además, debido a las circunstancias antes narradas, era el único medio necesario para repeler la agresión, de la cual fueron víctimas él y su novia, por lo que no se debe imputar responsabilidad penal a Luis Fernando Llanos por la muerte de los delincuentes.

CONCLUSIONES FINALES

1. La legítima defensa es una causa de justificación lícita porque el mismo ordenamiento jurídico la regula, no la prohíbe ni la castiga. Es un derecho connatural al hombre, y ha sido reconocido por el Ordenamiento Jurídico, sin embargo, esto no quiere decir que este lo ha creado, ya que la legítima defensa existirá, independientemente de si es recogida o no en una ley o en la Constitución.

2. La doctrina ha venido desarrollando tres fundamentos de la legítima defensa: el principio individualista, el principio supraindividual o prevalecimiento del derecho y la teoría del doble fundamento, sin embargo, cada una no ha podido

explicar los diferentes aspectos de ella, cayendo en contradicciones, por lo que en este trabajo me he inclinado por una teoría que ha venido ganando terreno en los últimos años: la teoría de la competencia por el hecho, desarrollada por el maestro alemán Günther Jakobs.

3. La Defensa ofensiva o de contraataque no debe ser excluida de la figura de la legítima defensa, sino que los fiscales y jueces deben tomarla en cuenta, así como dejar de postular que el huir de la escena de la agresión supone un medio necesario para evitar el ataque.

4. La legítima defensa es una causa de justificación que exime de responsabilidad penal, sin embargo, deben concurrir los tres presupuestos enumerados en artículo 20º inciso 3 del Código Penal, sino será una legítima defensa imperfecta y el juez podrá disminuir la pena hasta por debajo del mínimo legal, observando las circunstancias del caso.

5. En cuanto a los bienes jurídicos que entran en esta causa de justificación, se encuentran todos aquellos bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, la vida, la salud, la propiedad, etc., sin que se reduzcan a los bienes estrictamente penales y también, sin tomar en cuenta su naturaleza o su jerarquía.

6. En el caso de la legítima defensa en las relaciones de garantía, en especial de los cónyuges, el principio de solidaridad no da por terminada la relación entre ambos cónyuges, sino que existe aún un mínimo de solidaridad. Lo que se busca es que el sujeto agredido sacrifique en un mínimo sus derechos, sin llegar a la consecuencia de salir lesionado, logrando a la vez la estabilidad del orden jurídico.

7. Por otro lado, el exceso de la legítima defensa, es aquel en donde el sujeto que ejerce la defensa, sobrepasa los

límites de esta, es decir, supera las condiciones y requisitos, dando lugar a dos tipos de exceso: por un lado, el exceso extensivo, que es aquel que se da en la duración de una defensa necesaria, y, por otro lado, tenemos el exceso intensivo, que es aquel que se da en la intensidad lesiva de la defensa. Aquí también se genera una interrogante, si es que es posible que se dé la legítima defensa del exceso de legítima defensa, llegando a la conclusión que no sería legítima defensa, sino un estado de necesidad defensivo.

8. Uno de los problemas de los fiscales y de los jueces es seguir aplicando el principio de proporcionalidad al momento de configurar esta figura penal. Sin embargo, este principio ha quedado derogado expresamente en el Código Penal. Por lo que solo se debería postular la proporcionalidad entre la lesión que el medio de defensa puede causar y la lesión que se pretende evitar.

9. En los casos de Gastón Mansilla y Luis Miguel Llanos, se puede observar claramente la errónea aplicación de los fiscales de la legítima defensa al momento de postular acusación. En el análisis del caso Gastón Mansilla, se concluye que se excluirá de responsabilidad al joven imputado ya que, a pesar que objetivamente sí existe legítima defensa, esta se ha dado de manera excesiva, rebasando sus límites, sin embargo, estaríamos ante un caso de causal de inexigibilidad de la culpabilidad, por lo que se le eximiría de responsabilidad penal. Mientras que en el caso de Luis Fernando Llanos se puede observar cómo los tres presupuestos de la legítima defensa concurren para eximirlo de responsabilidad penal, al contrario de lo que postulaba el fiscal, en donde decía que se trataba de un caso de homicidio simple, teniendo en cuenta que se afirmaba que era un caso de exceso de legítima defensa, demostrando que nunca existió un exceso.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOCER POVIS, Eduardo. *Introducción al Derecho penal parte general*. 1° ed, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2014, pp. 195.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, 1° ed, Barcelona: José M. Bosch Editor S.A, 1994, pp. 387.

CÁRDENAS DIAZ, Ítalo Fernando. La Legítima Defensa. *Revista Jurídica del Perú*, 2013, tom. 144, pp. 139-145.

CHOCANO RODRIGUEZ, Reiner. *Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo* [en línea], *Internet*. Consulta el día 24 de octubre del 2017. Disponible en: www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_2003_12.pdf

DE LA TORRE BENITEZ, Ángela. *Una aproximación a los límites a la legítima defensa*, 1° ed, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004, pp. 48.

DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Legítima defensa: Las agresiones ilegítimas anulan los deberes de garante. 2012, t. 40, p. 80-81.

Exp. N° 26736-2012-0-1801-JR-PE-25; 25° Juzgado Penal - Reos Libres-Lima; Resolución Nro. 05.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 1° ed, Lima: Grijley, 2008, pp. 823.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General*, 2° ed, Lima: Jurista editores, 2012, pp. 1038.

HURTADO POZO, José; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4° ed., Lima: Idemsa, 2011, pp. 634.

JAKOBS, Gunther. Sobre los grados de incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y permisión, (trad. Feijoo). *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2003, tom. 04, pp. 195 y ss.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1° ed., Barcelona: BOCH, Casa Editorial, S.A, 1978, pp. 573.

MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho Penal- Parte General, Teoría Jurídica del delito*, 1° ed, Lima: Fondo editorial, 2014, pp. 386.

PALOMINO RAMIREZ, Walter; VALENZUELA YLIZARBE, Fredy. La Legítima Defensa: Análisis del caso Gastón Mansilla Yupanqui. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 2012, tom. 38, pp. 131-156.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa: una revisión normativista*, 1° ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 461.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal Parte General*, 3° ed, Lima: Idemsa, 2011, pp. 1110.

PEÑA PESINA, María de Lourdes. *El exceso en la legítima defensa* [en línea], *Internet*; Consulta 06 de septiembre del 2017. Disponible en eprints.uanl.mx/5378/1/1020149240.PDF

PERDOMO TORRES, Jorge. ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? *Idret 1: Revista para el análisis del Derecho*, 2008, p. 1-23.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *Manual de derecho penal general*. 1° ed., vol. 2, Lima: Legales Ediciones, 2016, pp. 852.

TAPIA, Silvana C. La responsabilidad penal por el exceso de legítima defensa: consideraciones teóricas y tratamiento en el sistema penal ecuatoriano [en línea], *Internet*; Consulta 05 de junio del 2015. Disponible en http://www.academia.edu/6126884/LA_RESPONSABILIDAD_PENAL_POR_EL_EXCESO_DE_LEGITIMA_DEFENSA_CONSIDERACIONES_TEORICAS_Y_TRATAMIENTO_EN_EL_SISTEMA_PENAL_ECUATORIANO

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal parte general*, 6° ed., Lima: Grijley, 2016, pp. 812.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. La Legítima Defensa en la Praxis Judicial. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 2013, t. 176, pp. 176-184.