

IPEF

INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES

REVISTA JURÍDICA DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN



AÑO VIII - N° 54



LA LEGÍTIMA DEFENSA DESDE UNA NUEVA VISIÓN

Luis Alberto Garzón Castillo ⁽¹⁾

I.- INTRODUCCIÓN:¹

La Legítima Defensa, se constituye en una causa excluyente de antijuricidad o como también se le conoce como una causa de justificación, es decir, de configurarse en toda su extensión, o dicho de otra manera de darse o concurrir una Legítima Defensa Perfecta originará la exención de pena o de responsabilidad penal al no concurrir uno de los elementos del delito como es la antijuricidad.

La legítima Defensa la tenemos prevista en el artículo 20 inciso 3 del Código Penal, dentro de las diversas causas de exención de pena: siendo que en el artículo 21 se hace referencia a las causas de exención de pena pero imperfectas, las mismas que dan lugar a una atenuación de la sanción.

En la actualidad, ante la creciente o galopante inseguridad ciudadana muchas personas están actuando en legítima defensa, sin embargo, dicha figura deberá analizarse con mucho cuidado a efecto de determinarse fehacientemente si concurre una legítima defensa perfecta o no.

El Dr. Amado Ezaine Chávez a través de su Diccionario Jurídico de Derecho Penal, señala con respecto a la Legítima Defensa lo siguiente:

«La legítima Defensa, es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor (CUELLO CALÓN). Podemos definir la Legítima Defensa como la reacción

necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano. Se trata de la causa de exclusión de la ilicitud penal con más rancio abolengo jurídico; es también la que traduce de un modo más nítido la exigencia de que la conducta delictuosa sea antijurídica (FONTAN BALESTRA). La Legítima Defensa es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla (JIMENEZ DE ASUA). La legítima defensa debe definirse como una acción con la que se responde a otra, igual e injusta y que toma la forma de un contraataque por medio del cual se defiende racionalmente un derecho que por ello entra en colisión con otro. El concepto de la legítima defensa considerada como colisión de dos derechos, permite explicar la naturaleza de la necesidad de la misma, así como también de la racionalidad del medio empleado, el de exceso en la defensa y el de defensa del provocador frente a una presencia de derechos del otro; pero es preciso tener en cuenta su doble carácter de violencia y de choque de intereses (Luis Enrique ROMERO SOTO). El Profesor de la Universidad de Santiago de Cali, manifiesta en relación con la definición que precede, que se dirá que no en todas las ocasiones la agresión consiste en un hacer, esto es, en una conducta activa, y que no siempre la defensa es una contraofensiva; es verdad que la agresión puede estribar en una omisión, como cuando no se pone en libertad a una persona después de que se ha ordenado su excarcelación,

1. Juez Penal Titular de Lima, Magister en Ciencias Penales

pero es fácil ver que en estos casos la omisión se traduce en una acción: no libertar equivale a mantener preso, en otras palabras se trata de una verdadera comisión por omisión. También es cierto continua el autor, que quien ejercita su derecho de defensa puede no atacar al adversario, sino limitarse a parar los golpes del mismo, pero igualmente debe anotarse en este caso que la defensa que puede llamarse «pasiva», la defensa defensiva de que habla MEZGER, no se restringe a una inactividad total, sino que es un hacer limitado a no permitir que el ataque penetre en la esfera del derecho agredido y lo dañe, y como este hacer se opone a una agresión no es difícil calificarlo como se ha hecho, de contraagresión.²

La Legítima Defensa está prevista a nivel constitucional, específicamente en el artículo 2 inciso 23 de la Constitución Política del Perú.

Es así que el Doctor Raúl Chanamé Orbe señala al respecto lo siguiente:

«Existen tres alcances distintos para la Legítima Defensa: la defensa extrema consistente en la protección de bienes primarios no reparables del agredido permitiendo afectar cualquier bien del agresor, cuya lesión sea necesario para salvaguardarlos, aún cuando el daño sea mayor que el que le está produciendo, o producirá el ataque; la defensa socialmente útil, en la que no están en juego bienes irreparables, haciendo que la defensa sea limitada a la producción de un daño menor al de la agresión; y la defensa punitiva que justifica debido que hubo consentimiento por parte del agresor en perder inmunidad contra ataques que sean necesario repeler o evitarlo, siempre que las acciones defensivas sean socialmente útiles, preventivo general de tales acciones».³

II.- ARTÍCULO 20 INCISO 3 DEL CÓDIGO PENAL:

Este artículo del Código Penal es el que se refiere específicamente a esta Institución Jurídica como es la Legítima Defensa, señalándose de manera expresa lo siguiente:

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

a) Agresión Ilegítima

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa».

Cabe señalar que el inciso b) fue materia de modificación por virtud de la Ley 27936 dispositivo legal que data del año 2003, y que definitivamente revolucionó esta Institución Jurídica de la Legítima Defensa, toda vez que antes de dicha modificación, quien era atacado con un cuchillo no podía defenderse con una pistola, aún cuando fuese el único medio de defensa que tuviera a su alcance. En la actualidad dicha situación ha cambiado, ya que resultaba un contrasentido lógico y jurídico que una persona pudiese resultar herida o muerta mientras busca un medio de defensa idéntico al medio de ataque, es decir, si me atacaban con una piedra tenía que defenderme también con otra piedra, contrario sensu no concurría la legítima defensa, a lo mucho la llamada Legítima Defensa imperfecta, la misma que será materia de análisis más adelante.

III.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTICULADO:

Como se ha apreciado al hacer referencia al artículo 20 inciso 3 de nuestro Código Sustantivo, se establecen tres requisitos que deben concurrir simultáneamente a efecto de que estar ante una Legítima Defensa perfecta. Lo que no puede faltar nunca es la agresión ilegítima de lo contrario no podría alegarse bajo ninguna circunstancia una Legítima Defensa.

Un primer elemento para la concurrencia de la Legítima Defensa y que es desarrollado por el Jurista James Reátegui Sánchez, al igual que los otros elementos, es la denominada:

1.- Agresión Ilegítima: Esta debe ser actual o inminente, si bien no está determinada expresamente en el artículo 20 inciso 3, letra a); ésta se deduce del tenor del segundo inciso del mismo

2 EZAINE CHAVEZ, Amado. Enciclopedia de Ciencia Jurídica. Diccionario Jurídico. Parte Penal II. AFA Editores Importadores S.A. Lima - Perú. Pág. 935.

3 CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional. Editorial ADRUS. Lima - Perú. Pág. 349.

articulado ya que la naturaleza de la Legítima Defensa y la necesidad racional del medio utilizado así lo exige. Una vez que la situación ilícita creada por el agresor cese, ya no cabe la legítima defensa. De este modo se determina el instante inicial y final de la agresión. 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.

No basta la voluntad de lesionar un bien jurídico, si no se actualiza externamente. Actual es la defensa que aún perdura, es decir, la que ha dado comienzo, pero que todavía no ha terminado. Es actual cuando la agresión ya llegó. El agredido no debe esperar a ser atacado para defenderse, por lo que lo decisivo es el comienzo inmediato de la agresión, que puede abarcar la última etapa de la preparación, situación que está permitida por la Ley al aceptar la defensa, tanto para impedir la como para repelerla. Quines oponen el ejemplo de quien ejerce actos defensivos contra el ladrón que huye con la presa hurtada, no tienen en cuenta que en este caso el hurto no está consumado, pues para ello se requiere apoderamiento, lo que recién ocurre cuando la cosa ha salido de la esfera de custodia de la víctima.

La consumación típica resulta relevante no sólo para terminar definitivamente cualquier forma de autoría y participación, sino también para clausurar cualquier intento de justificar una conducta (como por ej. La defensa necesaria). Habrá que tener en consideración que la consumación dependerá de la estructura de cada tipo penal de la Parte Especial. Lo mismo puede decirse de aquellos delitos donde todavía no se ha logrado el agotamiento, por ejemplo en la violación de domicilio se consuma con la penetración o la permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste, en la segunda hipótesis, hasta que el agente se retire. Es decir, en definitiva habrá que percatarse si se trata de delitos continuados o delitos permanentes o los llamados delitos instantáneos con efectos permanentes. Como bien advierte Hurtado Pozo el momento consumativo de la agresión no debe ser confundido con el de la consumación de una infracción penal. «En este caso el criterio determinante es el establecido en el legal respectivo (criterio formal de consumación), el mismo que puede prever un delito instantáneo, permanente o de estado. Mientras esta consumación no se haya producido y no exista dificultad alguna para aceptar la legítima defensa, también esta debe ser admitida hasta los momentos posteriores en los que el agresor continúa materialmente su agresión».

2.- Necesidad de la defensa empleada: La defensa necesaria consiste en la cuestión de saber cuando ella es necesaria, que es un problema distinto a la necesidad racional del medio que habla la Ley peruana. El artículo 20 inciso 3 letra b) del Código Penal prescribe: «Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla».

En consecuencia la defensa puede realizarse bajo dos modalidades concretas:

- a.- En primer lugar, con la finalidad de impedir el inicio de una agresión. Impedir es imposibilitar la ejecución, estorbarla, y por todo esto entiende la Ley, que no debe esperarse que la agresión se consuma; que sí por ejemplo, el agresor hace mención de sacar un revolver, no se debe esperar que dispare primero, para reaccionar.
- b.- En segundo lugar, la defensa puede repeler una agresión ya iniciada, por lo que la exigencia de actualidad se verifica sin dificultades cuando se trata de un ataque ya iniciado. Repeler es rechazar la agresión comenzada o consumada, esto es contraatacar.

En efecto, sólo puede ser necesaria para impedir lo inminente y para repeler lo actual. Al respecto, Righi estima que no «debe exigirse una total inmediatez temporal como tampoco que la voluntad del agresor resulte inequívoca, resultando preferible la fórmula que considera que la agresión es inminente, cuando el comienzo depende exclusivamente de la voluntad del agresor potencial. En otras palabras: se cumple la exigencia cuando el atacante puede decidir por sí mismo y cuenta con los medios necesarios para ejecutar el acto agresivo».

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. Para el desarrollo de esta exigencia lo único que interesa es si puede evitarse la actividad defensiva. «Como típicamente lesiva de bienes jurídicos que es, aunque haya de lesionarlos para hacer efectivo el ordenamiento y para proteger otros, corresponde ahorrarla cuanto sea posible, y ejercerla solo y en la medida en que resulte imprescindible».

3.- Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa:

Quizá este tercer requisito considerado por Hurtado Pozo como supérfluo, sea el que ofrece

mayores dificultades de interpretación. Provocar ha sido tomado en el sentido de excitar, incitar, producir un estímulo poderoso a que el otro reaccione. El «pretextus defensionis» postula que la agresión no haya sido provocada por el agredido.

La provocación es una conducta que hace previsible la respuesta agresora, sin que deba tenerse en cuenta para ello característica personal del agresor. Ha de entenderse por provocación a todo acto u omisión anterior a la agresión y que inevitablemente ha de causar la respuesta del agredido. En efecto, Zaffaroni, Slokar y Plagia 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, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principales elementos de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad. La exigencia legal de la falta de provocación suficiente del agredido puede ser perturbadora, más aún si observamos que en los casos de legítima defensa de terceros no importará que el agredido defendido haya provocado la agresión ilegítima, pues la legislación peruana, como la de muchos países, sólo exige que no haya existido provocación por parte de quien ejerce la defensa».⁴

El fundamento histórico en que se basa esta causa de justificación tiene una doble dimensión: por una parte, individual, de origen romano y expresivo de un derecho subjetivo fundamental; y por otra parte colectivo, de origen germánico y de defensa del orden colectivo. El primero hace referencia a la persona, al individuo como ser social (en su interrelación con otras personas) e implica por ello la defensa de su persona o derechos. El segundo, en cambio, hace referencia al ordenamiento jurídico y su defensa mediante la defensa de la persona y sus derechos.

De allí que no sólo debe acentuarse en la protección del ordenamiento jurídico per se, pues ello podría provocar poner por encima de la persona al mismo ordenamiento jurídico «legitimando» el abuso y arbitrariedad. Por otro lado, el ejercicio del derecho de defensa (en sentido material) por parte de la persona no es irrestricto pues tiene su límite en el criterio racional de control de su conducta, como se verá luego. En ese sentido, la legítima

defensa tiene una doble base en su fundamento, la defensa de la persona y del mantenimiento del orden jurídico».⁵

IV.- JURISPRUDENCIA:

Al respecto el Diccionario Penal Jurisprudencial presenta varias Resoluciones Judiciales que sientan Jurisprudencia, como son las siguientes:

- 1.- La legítima defensa se basa en dos principios: la protección (aspecto individual) y el mantenimiento del orden jurídico (aspecto supraindividual) (**Exp. Nro. 4742 – 1996 – Lima Caro Coria. Pg. 160**).
- 2.- **Elementos:** Para la configuración de la eximente de legítima defensa es necesario que se cumplan ciertas condiciones: la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión, excluyendo la valoración del criterio de proporcionalidad de los medios, debiéndose considerar en su lugar, entre otras circunstancias, a la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa. (**R. N. Nro. 2486 – 2001 – Cono Norte, Pérez Arroyo T.I. pág. 408**).
- 3.- No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así para determinarla, es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño. (**R.N. Nro. 1985 – 1999 – Lima, Data 40 000, G.J.**)
- 4.- **Aplicación:** No concurren los presupuestos de la legítima defensa porque, aún cuando se haya determinado que uno de los agraviados se encontró en estado de ebriedad y los occisos presentaban positivo para restos de disparos con arma de fuego (plomo, antimonio y bario), así como se acredita la lesión producida a un

4 REATEGUI SANCHEZ, James. Derecho Penal – Parte General. Gaceta Jurídica, Lima Perú. Primera Edición 2009. Pág. 163 - 176

5 CARO CORIA, Dino Carlos. Legítima Defensa- Comentarios. Código Penal Comentado. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Pág. 679.

acusado, este último hecho no justificó en modo alguno el accionar delictivo de los agentes, máxime, si se valora que se encontraban provistos de armas de fuego desde la noche anterior al evento delictivo, precisamente con el presunto objetivo de protegerse de los eventuales ataques de los occisos, quienes les habrían amenazado días antes (RN Nro. 2692 – 2003 – Cusco, Data 40 000, G.J.).⁶

- 5.- «La necesidad racional del medio empleado no puede exigir una proporcionalidad material entre el ataque y la defensa, por el contrario, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias, ya que la utilización de un arma de fuego no puede considerarse excesiva si los agresores, siendo varios, trataban de quitarle el arma de fuego y estaban premunidos de armas punzocortantes».⁷

V.- LA LEGÍTIMA DEFENSA Y SU CONSIDERACIÓN CONSTITUCIONAL:

La legítima defensa tiene también rango constitucional, toda vez que se encuentra prevista en el artículo segundo inciso 23 de la Constitución Política del Perú; estableciéndose lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la legítima defensa».

Se trata de un derecho expreso reconocido en la propia Carta Magna, que faculta a toda persona que en caso sea objeto de una agresión ilegítima tenga la posibilidad de defenderse, lesionando eventualmente un bien jurídico ajeno; pero con la posibilidad de quedar exento de pena o lograr una atenuación de la misma.

VI.- CONCLUSIONES:

- 1.- Para que concurra la Legítima defensa deben concurrir tres requisitos indispensables, como son la agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación por parte de quien ejerce la legítima defensa.
- 2.- Un requisito que no puede faltar es la agresión ilegítima de lo contrario no podríamos hablar de legítima defensa.
- 3.- Por virtud de la Ley 27936 se modifica el artículo 20 inciso 3 del Código Penal en lo que respecta a la necesidad racional del medio empleado, de tal manera que en la actualidad no se requiere una proporcionalidad matemática entre los medios de defensa y de ataque.
- 4.- En caso no concurra alguno de los otros dos requisitos de la legítima defensa como es la necesidad racional del medio empleado o la falta de provocación de quien la ejerce, entonces nos encontraremos ante una legítima defensa imperfecta, que da lugar a una atenuación de la sanción de conformidad con el artículo 21 del Código Sustantivo.
- 5.- También se hace referencia a la legítima defensa putativa, que es la que se da cuando la persona cree que está actuando en legítima defensa pero no es así, es lo que se conoce como un error de prohibición o error de derecho, no sobre el carácter típico de la conducta sino sobre las causas de justificación.

6 DICCIONARIO PENAL JURISPRUDENCIAL. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima – Perú. Primera Edición 2001. Pág. 377 – 378.
7 CARO CORIA, Dino Carlos. Legítima Defensa- Comentarios. Ob. Cit. Pág. 689.