

REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

Epifanio López Cantoral

1. Generalidades

La legítima defensa es tan antigua como la humanidad, no tiene en verdad historia, pero el avance del estudio del delito ha permitido considerarla como causa de impunidad, de inculpabilidad, de exclusión de la antijuricidad, etc. una de las mayores controversias es la relacionada con los bienes defendibles y los requisitos exigidos para que funcione como una causa justificante¹.

La aplicación de la legítima defensa están controvertido y problemático a la hora de resolver un caso determinado, la misma que no hay una posición consensuada por la doctrina penal. Cada legislación penal que regula el instituto jurídico de la legítima defensa, presenta de ciertas particularidades de estudio.

Por ende, es preciso señalar la regulación taxativa de la legítima defensa en la legislación comparada:

-Código Penal peruano

Artículo 20º.- Está exento de responsabilidad penal:

(...)

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

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa;

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

(...)

-Código Penal argentino

Artículo 34.- No son punibles

(...)

6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

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

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su

¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Derecho Penal- Parte General, Ara Editores, 2006, Lima, 2006, p. 261

casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

(...)

-Código Penal colombiano

Artículo 32.- Ausencia de responsabilidad

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

(...)

-Código Penal chileno

Artículo 10.- Están exentos de responsabilidad criminal

(...)

4°. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera.-Agresión Ilegítima.

Segunda.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercera.-Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

(...)

-Código Penal ecuatoriano

Artículo 33.- Legítima defensa.

Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.

2. Necesidad racional de la defensa.

3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

-Código Penal español

Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal

(...)

4°. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.
(...)

La legítima defensa, es un instituto jurídico de carácter universal reconocido en muchas legislaciones del mundo –en el caso peruano–, está regulada en el artículo 20 inciso 3 del Código Penal (CP). Asimismo, es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de 1993, artículo 2, inciso 23.

Tratándose de la legislación peruana, en el plano constitucional, la legítima defensa no presenta antecedentes constitucionales, tampoco hace mención en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos². En efecto, como bien señala la doctrina mayoritaria, es una institución penal o un principio justificante, y no un derecho de la persona, puesto que tiende a eliminar la responsabilidad penal. Y es preciso señalar su regulación normativa.

Señala la Constitución Política de 1993

Artículo 2º.- Derechos de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

23. A la legítima defensa

(...)

La Constitución incorpora en su texto normativo el derecho fundamental a la legítima defensa, lo que no se ha visto regulado en otras constituciones de nuestro país. Así, el derecho a la legítima defensa lleva implícito un precepto permisivo que interfiere en las normas de carácter general, dando lugar –en el caso más habitual– a que una conducta prohibida, que menoscaba un interés tutelado por el Derecho, no sea desaprobada por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, resulte lícita por exclusión de su antijuricidad³.

La antijuricidad, entendida como la propiedad de una conducta de ser contraria al Derecho, es enervada por la legítima defensa; por ello, aunque sea la sede penal su ámbito por antonomasia, el ejercicio del derecho constitucional a la legítima defensa debe excluir la antijuricidad de la conducta en el ordenamiento jurídico en su conjunto⁴.

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

² Así, por ejemplo: GARCÍA TOMA, Víctor, Los Derechos Fundamentales, Adrus Editores, Lima, 2013, p. 489; RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, PUCP, Lima, 2017, p. 633.

³ Vid. CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, T.II, 6ª Edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 189.

⁴ REVILLA LLAZA, Percy, La Constitución Comentada, T.I, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 351

En ese sentido, y recalcando al respecto que los presupuestos o requisitos que regula la aplicación de la legítima defensa el Código Penal –en la legislación comparada– es similar, y por ello, se dará a conocer algunos lineamientos al respecto, y tomando en cuenta la doctrina penal extranjera.

2. La legítima defensa

En legítima defensa tiene lugar el comportamiento realizado con el propósito de salvar bienes jurídicos a costa del sacrificio necesario de alguno de los bienes jurídicos pertenecientes a quien, mediante comportamiento antijurídico, se propone lesionarlos⁵. Significa que es una anteposición de los bienes jurídicos del atacado a los bienes jurídicos del ofensor.

Para Sebastián SOLER es la “reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”. VON LISZT, expresa “es aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor”. CUELLO CALÓN, dice, “defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor”⁶. Asimismo, tenemos a KOHLER, decía que la legítima defensa “es la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o tercera persona, contra el agresor cuando no se traspasa la medida necesaria para la protección”⁷.

La doctrina penal es clara en señalar que la legítima defensa es una reacción frente a una agresión injusta, actual o inminente contra la persona (agresor), es una fuerza material para repeler una agresión ilegítima que atente nuestra integridad o de terceros, o si se quiere decir, contra cualquier bien jurídico propio o ajeno que se encuentra amenazado.

Asimismo, es preciso señalar lo siguiente: existe un consenso a nivel de la doctrina penal, se estima que todo los bienes jurídicos son defendibles, como: la vida e integridad personal propia o de un tercero, es decir, se considera de protección al patrimonio, el domicilio, al libertad, etc., también son bienes defendibles la colectividad o comunidad respectivamente.

La legítima defensa es una causa de justificación que le asiste a toda persona que se encuentra frente a una agresión ilegítima, actual o inminente, proveniente del que obra o de un tercero, dado que es susceptible de lesionar bienes jurídicos propios o de terceros. Dicha agresión, se justifica en no ser provocadas por quien ejerce la acción defensiva. La legítima defensa es una autoprotección jurídico-penal. Es una reacción necesaria frente a un peligro inminente (inmediato) que se puede manifestar de dos formas: directa e indirectamente.

Como bien señala PEÑA CABRERA, la legítima defensa, constituye en esencia una causa de justificación que excluye el desvalor del resultado; surge así el derecho del agredido de repeler ataques injustificados en aras de proteger sus intereses jurídicos penalmente tutelados, y de defender la validez del orden jurídico, ejerciendo la acción defensiva sobre la base de la racionalidad⁸.

⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Borja MAPELLI CAFFARENA, Curso de Derecho Penal – Parte General, Tecnos, 2011, p. 90

⁶ Vid. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, ob. cit., p. 261

⁷ Vid. PARMA, Carlos, Teoría del Delito 2.0, Adrus Editores, 2017, Lima, p. 459

⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Derecho Penal Parte General, T.I, Idemsa, Lima, 2011, p. 667

Así pues, la defensa cumple no sólo una función de protección de bienes jurídicos, sino también, al afirmar y hacer prevalecer el Derecho frente al injusto agresor, si es preciso con una tremenda dureza, una importante función de prevención general: de intimidación frente a delincuentes y de prevalecimiento del orden jurídico, creando seguridad de los ciudadanos en el mismo. Es más, por su contundencia, que incluso puede llegar a la muerte del agresor, y por no ser una eventual reacción *a posteriori*, sino algo que hace fracasar la agresión en el momento decisivo, la legítima defensa puede ser, sobre todo si se emplea con frecuencia, un medio intimidatorio tanto o más eficaz que la pena⁹.

3. Diferencia entre causas de justificación y causas de inimputabilidad

En sentido lato, las causas de justificación son aquellas que excluyen la antijuricidad o la ilicitud de la conducta típica, es decir, es una conducta sujeta a derecho. En tanto las causas de inimputabilidad, –son aquellas conductas típicas y antijurídicas–, pero por ciertas circunstancias o razones se convierten su accionar de una persona en incapaz penal. Es decir, es la incapacidad del sujeto para ser culpable, o si se quiere decir, son las exclusiones para atribuir a una persona un acto típicamente antijurídico.

Entre las **causas de justificación** tenemos: a) La legítima defensa, b) Estado de necesidad justificante, c) Actuar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, d) El consentimiento, etc. Entre las **causas de inimputabilidad** tenemos: a) Minoría de edad, b) La anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción, etc. Entre las **causas exculpantes** tenemos: a) Estado de necesidad exculpativa, b) Miedo insuperable, etc. Al respecto, la doctrina penal es dispareja, puesto que los tratadistas discrepan a la hora de incluir una circunstancia dentro de una determinada categoría.

4. La “agresión ilegítima”

4.1. Concepto y alcances

La agresión es una conducta ilegítima que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico¹⁰. Es todo aquella conducta (*vis absoluta* o *vis compulsiva*), proveniente de una conducta humana voluntaria o fruto de un obrar negligente, destinada a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos¹¹. La agresión, es la amenaza de lesión, mediante una acción humana de intereses vitales jurídicamente protegidas¹².

La agresión, se le considera como sinónimo de acometimiento, como ataque o al menos como amenaza de un mal¹³. Asimismo, se sostiene que la agresión implica vías de hecho, el empleo de la fuerza material o física, de violencia o, dicho en otros términos, que la agresión equivale a acometida o acometimiento¹⁴.

⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 526

¹⁰ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General T.I, Civitas, Madrid, 1999, p. 611. Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego, GARCÍA CONLLEDO, Miguel y VICENTE REMESAL, Javier.

¹¹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, T.I, p. 668

¹² WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 91

¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1948, p. 324

¹⁴ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 115 y 116.

Ante un abanico de opiniones tan amplias, y que no es posible un estudio unánime (conceptual), sobre la legítima defensa –agresión ilegítima–, esto se debe a su propia naturaleza, característica, objeto y finalidad que presenta, la misma que conlleva a múltiples acepciones, criterios, teorías o posiciones dadas desde diversos ángulos de estudio. Entonces, en líneas generales, la agresión, es una acción humana de puesta en peligro de algún bien jurídico tutelado.

Al respecto, concuerda la doctrina especializada que si no existe una conducta humana, no es posible calificar una agresión ilegítima. Del cual se desprende que todo ataque de animales no configura una agresión, en tanto esta no provenga de un accionar humano. Del mismo modo, cuando se trata de sucesos naturales. Asimismo, como agresión no solo basta tallar la conducta humana, sino también la infracción de deberes de actuar., por ejemplo: la madre que no alimenta a su menor hijo.

En la doctrina penal, es discutida la situación de (menores de edad, los locos, los ebrios o los que actúan en error, etc.) dado a su especial particularidad que conlleva su accionar humano. Al respecto señala ZAMBRANO PASQUEL, los inimputables son capaces de cometer delitos, lo que acontece es que siendo el acto típico y antijurídico, en el momento de formularse el juicio de reproche o de culpabilidad se concluye que está ausente porque se trata de un inimputable, a quien por ser socialmente peligrosos se le impone una medida de seguridad y no una pena¹⁵.

Se descarta la posibilidad de agresión, a aquellas conductas antisociales, éticas o morales que provengan de gestos, o señales del cuerpo humano. Asimismo, no hay agresión, vale decir, en agresiones justificadas, agresiones en riña, agresión de animales o cosas, etc.

La actuación en defensa requiere una situación que le haga precisa, esto es, lo que se llama una “situación de defensa”, que es creada precisamente por una agresión ilegítima. Este requisito es, por ello, no solo el primero, sino esencial, pues sin él no son imaginables los demás y no cabe ni la eximente completa, ni siquiera la incompleta¹⁶.

Entonces, la agresión, debe consistir en un comportamiento humano que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos tutelados. Dicha agresión debe ser actual, ilegítima y real. Todo peligro proveniente de una conducta humana, hace posible la reacción física en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros. Para VILLEGAS PAIVA, en la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana antijurídica. No se requiere que dicha conducta se subsuma dentro de un tipo penal, en tanto la legítima defensa actúa contra cualquier interés jurídicamente protegido.

4.2. Condiciones de la “agresión ilegítima”

Es preciso señalar cuatro aspectos importantes, es decir, las condiciones o características adoptadas por la doctrina penal:

- a) En cuanto a su naturaleza:** para la legítima defensa, la agresión debe ser real. No es suficiente que el que se defiende se imagine la agresión. Si la agresión es

¹⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, ob. cit., p. 281

¹⁶ Opinión unánime en doctrina y jurisprudencia, p.ej., DÍAZ PALOS; DEVESA y LUZÓN. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 527.

imaginaria para quien se defiende, estaremos ante un caso de legítima defensa putativa¹⁷. Del mismo modo señala BRAMONT-ARIAS, la agresión debe ser real, de lo contrario habría un error del que se defiende y podría darse el caso de una legítima defensa putativa. Pero, no se puede exigir al sujeto que esté seguro plenamente del ataque que va recibir para luego defenderse, basta con que se dé una creencia racional¹⁸.

- b) En cuanto a su calidad:** ha de ser ilegítima, esto es, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportar la agresión. Esta conducta debe ser antijurídica sin que interese que sea típica. La antijuridicidad de la agresión debe suponer necesariamente tanto un desvalor de acción como de resultado, por lo que si la agresión resulta amparada por una justificante no será ilegítima¹⁹.

Es ilegítima la agresión no justificada, o el acto en el que falta el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento lícito de una orden, de manera que será ilegítima la agresión realizada sin derecho²⁰. La agresión ilegítima es equivalente a la agresión antijurídica²¹. Un aspecto importante es, en la agresión ilegítima es necesario que exista un bien jurídico amenazado. Como bien señala la doctrina penal. La agresión, no está referido solo a los bienes jurídicos protegidos, sino también, puede ser cualquier interés jurídicamente protegido.

Es preciso señalar lo siguiente: se descarta la legítima defensa contra la legítima defensa [SOLER], esto constituye para JIMÉNEZ DE ASÚA una *contradictio in terminis*, siendo un absurdo jurídico hablar de una legítima defensa recíproca²².

- c) En cuanto a su oportunidad:** ha de ser actual o inminente, como se deduce tácitamente del texto legal, donde se habla tanto de repeler la agresión como de impedir el daño. Esta agresión debe ser actual; esto implica que el ejercicio de la defensa debe efectuarse dentro del mismo tiempo de la agresión, es decir, que está debidamente interrumpir la ejecución del hecho agresivo antes que el ataque quede consumado [MOMETHIANO SANTIAGO]. No puede haber legítima defensa después de haber terminado la respectiva agresión, de lo contrario estaríamos situándonos ante un abuso de derecho, que podrían afrontarse en venganza o justicia por mano propia. Asimismo, el ataque deberá de ser inminente cuando la resolución del agresor sea irrevocable respecto al inicio del ataque; no podría llamarse inminente aquella acción jurídicamente imposible, así pues una persona no podría agredir a otra con un mazo de plástico para piñata (no existiría agresión si esta es una tentativa inidónea)²³.

¹⁷ Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal. Parte General, Grijley, 2006, p. 541.

¹⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, Eddili, Lima, 2008, p. 277.

¹⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa. En: Cuadernos Jurisprudenciales N° 23, Gaceta Jurídica, mayo, 2003, p. 8. En: PÉREZ LÓPEZ, Jorge, Las 15 Eximentes de Responsabilidad Penal, Gaceta Jurídica, 2016, p. 99.

²⁰ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, ob. cit., p. 282

²¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit., p. 540

²² Vid. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, ob. cit., p. 282 y 283.

²³ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge, ob. cit., p. 99 y 100.

Señala CUELLO CALÓN, ha de ser actual e inminente. Antes que el peligro aparezca no es necesaria la defensa, cuando ha cesado es superflua. Basta que la agresión este próxima a realizarse²⁴.

El término “actual”, hace alusión al tiempo presente, en tanto “inminente”, es una situación que amenaza, es decir, está por suceder de manera inmediata. Al respecto, se puede dar la agresión inminente antes de que la “agresión” se produzca (consumado), es decir, desde el momento inmediatamente previo a la agresión. Como dice SOLER, la actualidad o inminencia de la agresión debe crear una situación de peligro que se superponga en el momento de la reacción. Asimismo, bien señala la doctrina mayoritaria, la agresión desaparece cuando esta consumado.

Finalmente, como bien señala VILLAVICENCIO, la agresión, seguirá siendo actual mientras perdure, como ocurre en el caso de los *delitos continuados* (ejemplo: injurias) y en los *delitos permanentes* (ejemplo: detención ilegal). También perdura la agresión, en los *delitos de estado*, si aún subsiste la posibilidad de evitar de manera inmediata que continúe el ataque al bien jurídico, pues aún no se agota materialmente. Ejemplo: persecución al ladrón en fuga. Sin embargo, desaparecidas las posibilidades de restablecimiento inmediato, también desaparece la posibilidad de legítima defensa [MAURACH]. Ejemplo: el sujeto que luego de haber sido herido, dispara a su agresor a la espalda cuando huía²⁵.

- d) En cuanto a los bienes defendibles:** la ley no los distingue, por lo que puede ser cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero, y cualquier interés reconocido jurídicamente²⁶.

5. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

En principio, al tenor del artículo 20 inc.3, lit. b) del Código Penal peruano, la necesidad racional no debe entenderse como proporcionalidad de medios (revolver contra revolver, cuchillo contra cuchillo, puño contra puño, etc.), sino que hace referencia al propio medio necesario para frenar o evitar la agresión ilegítima.

Este requisito ha sido un tema controvertido en la doctrina penal, la misma que se ha llevado a interpretaciones judiciales dispares y poco coherentes, en relación a la necesidad de la defensa y racionalidad de la defensa necesaria.

La obligatoria escogencia del medio menos lesivo no debe, sin embargo, implicar riesgo para el agredido pues “cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benigna impliquen peligros, podrá este elegir un medio defensivo más duro, pero seguro” [ROXIN]. Así, nos lo dice ROXIN cuando señala que “frente a amenazas procedente de matones brutales puede estar justificado ejecutar disparos mortales aunque no haya hecho antes advertencia”²⁷.

5.1. Necesidad de la defensa.- Defensa es aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria y, por ende, esta debe ser racional, es decir, la adecuada

²⁴ SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime, Legítima Defensa, Temis, Bogotá, 1994, p. 36.

²⁵ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit., p. 539

²⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge, ob. cit., p. 100.

²⁷ Vid. VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal – Parte General, Ara Editores, Lima, 2014, p. 419

para impedir o repeler la agresión. La defensa debe ser *idónea* y representar el medio menos perjudicial para el agresor [JESCHECK]²⁸.

Necesaria es toda defensa idónea, es decir, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor; por ejemplo, quien puede repeler al agresor con puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revolver; y quien puede intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego, o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más. El defensor está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor²⁹.

La defensa es necesaria, si la acción del agredido era la menos dañosa en cuantos estaban a su disposición para rechazar la agresión, es decir, es la racionalidad del medio empleado del agredido frente a la agresión ilegítima del agresor.

La defensa necesaria en la doctrina penal alemana, señala MAURACH, que la causal de justificación solo tiene cabida cuando la acción de defensa era necesaria para rechazar la agresión. Asimismo, su necesidad se rige por una combinación entre gravedad de la agresión y peligrosidad del agresor. Más adelante agrega: por los medios utilizados en la defensa. En apoyo de su criterio, el autor citado presenta el siguiente ejemplo: al salteador de caminos, armado, se le puede hacer frente acudiendo a los últimos recursos, aun cuando no haya hecho ademán de emplear el arma³⁰.

Continúa MAURACH, no debe entender a la ponderación de bienes en colisión, para averiguar el carácter “necesario” de la defensa. En principio, cualquier bien puede ser defendido hasta la última consecuencia; incluso es lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material –propiedad, posesión, patrimonio–. No se exige una proporcionalidad entre los bienes.

5.2. Racionalidad de la defensa necesaria.- Lo racional hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta para cualquier persona de las características del autor colocada en su situación en el momento de defenderse (*consideración ex ante*)³¹. El término “racional”, debe entenderse como razonable, aproximada entre el medio de ataque y el medio de defensa, ello no implica un cálculo aritmético entre la misma. Asimismo, la racionalidad del medio no puede someterse al principio de “proporción equitativa” respectivamente.

En la literatura especializada existe coincidencia en señalar que la necesidad racional de la defensa significa que, de entre las alternativas de defensa idóneas de las que dispone el agredido, éste debe elegir la que menos daño produce al agresor. Se trata de un único criterio de valoración que establece que la defensa idónea para repeler o evitar la agresión ilegítima debe ser la menos lesiva para el agresor, en tanto éste, pese a la agresión responsablemente organizada, no pierde el estatus de persona. En consecuencia, no puede compartirse la tesis que sostiene que la defensa debe ajustarse a dos criterios distintos: La

²⁸ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal – Parte General, Grijley, Lima, 2006, p. 542

²⁹ Vid. PÉREZ LÓPEZ, Jorge, Las 15 Eximentes de Responsabilidad Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 101 y 102

³⁰ En adelante SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime, Legítima Defensa, Editorial Temis, Santa Fe de Colombia, 1994, 90

³¹ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal – Parte General, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 436

necesidad de la defensa y la racionalidad de la defensa. Respecto de la defensa idónea se exige únicamente que sea racionalmente necesaria³².

6. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa

En líneas generales, este requisito implica el castigo de una acción de defensa racional y necesaria ante una agresión ilegítima. En principio, significa que el agredido que se defiende no de haber provocado la agresión al agresor, bien podría darse el caso de una agresión grave e intencional (provocación suficiente e insuficiente), esta última, de sobrepasar los límites permisibles, podría incluso darse una “contraagresión”, la cual perfectamente podría darse la legítima defensa.

Es decir, nadie tiene derecho a agredir, tampoco hay derecho a sobrepasar los límites permisibles en una agresión intencional o insuficiente. Como señale anteriormente al tocar el tema de la “agresión ilegítima”, no hay agresión, vale decir, en agresiones justificadas, agresiones en riña, etc., pero si estas –sobrepasan los límites–, sí cabe la agresión ilegítima y por tanto hay legítima defensa.

La provocación es suficiente “cuando hace previsible una agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor” [ZAFFARONI]. La suficiencia no sólo se entiende como el factor de producción causal de la agresión, pues además significa que no es posible invocar la legítima defensa “1) cuando la provocación intencionada, en cuyo caso como se verá, se excluye la posible justificación de la conducta (...); 2) cuando la acción provocadora constituye en sí misma una agresión ilegítima que determine que la reacción del lesionado no constituya una agresión antijurídica por estar amparada en la legítima defensa (no cabe legítima defensa frente a una acción de defensa legítima). Pero la provocación imprudente de una agresión antijurídica (no amparada en legítima defensa) no es suficiente para impedir la defensa legítima” [CHOCLÁN]³³.

La provocación, debe ser idónea, eficaz, para determinar una agresión que, a su vez, reste legitimidad a la respuesta igualmente agresiva de quien se defiende del ataque que él mismo puso en marcha. “La provocación suficiente –afirma el propio FRANCISCO PACHECO– no puede ser otra que la que extinga o atenué la culpabilidad de la agresión”. Certero comentario. Si hay provocación suficiente, a agresión deja de ser ilegítima y se destruye así el primer presupuesto de la legítima defensa³⁴.

7. Conclusiones

La legítima defensa, como instituto jurídico penal reviste de amparo constitucional, la misma que está cataloga como un derecho fundamental de toda persona, regulada en la Constitución Política de Perú, artículo 2 inciso 23.

La agresión, como primer requisito de exigencia para la configuración de la legítima defensa, atiende a la protección de bienes jurídicos propios o de terceros. Se legitiman la conducta a Derecho (del agredido). El eje central de este instituto jurídico es la presencia de la acción humana, la misma que debe ser real, ilegítima, actual o inminente.

³² GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal – Parte General, Jurista Editores, 2012, p. 590

³³ Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit., p. 545

³⁴ Vid. CHIRINOS SOTO, Francisco, Código Penal, Rodhas, Lima, 2014, p. 153

La agresión en la legítima defensa no constituye un arreglo conceptual cuyo objeto sea determinar lo “insoportable” desde la perspectiva del agredido, sino una acción contraria a derecho a la que todavía puede responderse preventivamente para evitar una lesión del sustrato material que subyace a las prohibiciones (o excepcionalmente mandatos) contravenidos. Ello implica el desarrollo de reglas de imputación que se mantengan en el nivel de la acción, lo que puede ser distinguido de una categoría puramente distributiva, relativa a la evaluación de la antijuridicidad de estados, como sucede en el estado de necesidad defensivo³⁵.

La defensa necesaria, es entendida como una defensa adecuada para evitar o frenar el ataque o agresión ilegítima. Es decir, entre los múltiples medios o formas de repeler la agresión –el agredido–, debe elegir la menos lesiva a los bienes jurídicos protegidos.

La provocación debe entenderse como la conducta que haga previsible una agresión. No basta con haber provocado del cualquier modo al agresor para perder el derecho a la defensa. Por ejemplo, una simple broma, en una reunión de amigos, no puede ser calificada como una provocación³⁶. En efecto, la provocación es una acción u omisión anterior a la agresión ilegítima.

Finalmente, una vez evaluado los presupuestos o requisitos que prevé la norma penal, esto es: *a) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; b) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.* La concurrencia de los tres presupuestos antes mencionados conlleva a la calificación adecuada de la legítima defensa.

³⁵ WILENMANN VON BERNATH, Javier, Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa. Versión On-line ISSN 0718-3399. Polít. Crim. Vol.10 N°. 20, Santiago, 2015.

³⁶ Cfr. PÉREZ LÓPEZ, Jorge, ob. cit., p. 161