



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION

TÍTULO:

**“LA LEGITIMA DEFENSA APLICADA EN FUNCIÓN DE
LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL FRENTE A
LA DELINCUENCIA EN EL PERÚ”**

TESIS

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

BACHILLER:

DAVID CHUGDEN BECERRA

ASESOR:

Dr. JAVIER DIAZ DIAZ

CHICLAYO – PERÚ

2019

TITULO:

**“LA LEGITIMA DEFENSA APLICADA EN FUNCIÓN DE LOS MIEMBROS DE
LA POLICÍA NACIONAL FRENTE A LA DELINCUENCIA EN EL PERÚ”**

Bachiller:

Asesor: Dr. Javier Díaz Díaz.

Aprobado por:

Presidente

Secretario

Vocal

DEDICATORIA

A **Dios** por darme la vida y estar siempre conmigo, guiándome en mi vida.

A mis Padres:

Por ser mi pilar fundamental y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron.

A mi familia:

Quienes siempre serán la razón de ser y la fortalece para seguir luchando y cumpliendo cada meta que se me presenta.

AGRADECIMIENTO

A ésta prestigiosa universidad Particular de Chiclayo, Facultad de derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

PRESENTACIÓN

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 justificante.

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.

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 Antijuricidad.

La Legítima Defensa es un derecho constitucional de la persona y está consagrado en el artículo uno de la Constitución Política del Perú, también advirtió que es un derecho fundamental y así está escrito o en el artículo dos, incisos 23 de la Carta Magna.

las personas que utilizan este derecho está exento de responsabilidad penal cuando obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros siempre y cuando exista una agresión ilegítima, así como una necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y que quien haga uso de esta herramienta no haya provocado la agresión.

El Bachiller.

ABSTRACT

The legitimate defense is as old as humanity, it does not really have a history, but the progress of the study of crime has allowed it to be considered as a cause of impunity, indulpability, exclusion of unlawfulness, etc. One of the biggest controversies is related to defensible assets and the requirements required to function as a justifying cause.

The application of self-defense are controversial and problematic when it comes to resolving a particular case, the same as there is no position agreed by criminal doctrine.

Each criminal legislation that regulates the legal institute of self-defense, presents certain specificities of study.

The Constitution incorporates in its normative text the fundamental right to self-defense, which has not been regulated in other constitutions of our country. Thus, the right to self-defense implies an permissive precept that interferes with the norms of a general nature, giving rise - in the most common case - to a prohibited conduct, which undermines an interest protected by the Law, is not disapproved by the legal system and, as a result, is tendered by exclusion of its Antijuricidad.

The Legitimate Defense is a constitutional right of the person and is enshrined in article one of the Political Constitution of Peru, also warned that it is a fundamental right and thus it is written or in article two, paragraphs 23 of the Magna Carta.

People who use this right are exempt from criminal responsibility when they work in defense of their own or third-party legal assets as long as there is an illegitimate aggression, as well as a rational need for the means used to prevent or repel it and whoever makes use of this tool has not caused the aggression.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN	v
ABSTRACT	vi
INDICE	vii
INTRODUCCIÓN.....	xi

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Realidad Problemática.....	12
1.2.- Planteamiento del problema.	15
1.3.- Formulación del problema.....	26
1.4.- Justificación e importancia del Estudio.....	26
1.4.1.- Justificación.	26
1.4.2.- Importancia	27
1.5.- Objetivos.....	27
1.5.1.- General	27
1.5.2.- Específicos.....	27
1.6.- Hipótesis.....	28
1.7.-Variables.....	28
1.7.1- Variable independiente.....	28
1.7.2.- Variable dependiente.	28
1.8.- Metodología.	28
1.8.1.- Tipo de investigación.	28
1.8.2.- Diseño de Investigación / contrastación de la hipótesis.....	29
1.8.3.- Población y Muestra.....	29
1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	29
1.8.5.- Validación y confiabilidad de los instrumentos.	30

1.8.6.- Instrumentos de Medición	30
1.8.7.- Validación y Fiabilidad del Instrumento de Medición	31
1.8.8.- Métodos y procedimientos para la recolección de datos.	31

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA LEGITIMA DEFENSA

2.1.- Concepto.	32
2.2.- Naturaleza y Fundamento.	32
2.3.- Características.	36
2.3.1.- Status normativo.	36
2.3.2.- Fundamentos	37
2.3.3.- Bienes defendibles	37
2.3.4.- Requisitos legales	38
2.3.5.- Limitaciones y ámbito de rebasamiento	39
2.4.- El fundamento de la legítima defensa.	40
2.4.1.- Fundamentaciones que no consideran lícita la defensa	40
a) Perturbación producida en el ánimo del atacado.....	40
b) Contraposición de motivos	42
c) Equilibrio de males: retribución	43
2.4.2.- Fundamentaciones que la consideran lícita.....	44
a) Teoría del interés preponderante	44
b) Desamparo estatal	45
b.1) ¿Es subsidiaria la defensa privada?	45
c) Sentimiento de la propia conservación	48
d) Necesidad de salvaguardar los bienes jurídicos	49
e) El Derecho impide el prevalecimiento de lo injusto	49

CAPITULO III

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

3.1.- Regulación de la legítima defensa en el Código Penal.	50
3.2.- Elementos objetivos de la legítima defensa.	51
a.- Agresión ilegítima	51
- Agresión	51
- Ilegitimidad de la agresión	54
- La actualidad de la agresión	57
- Realidad de la agresión	59
- Bienes jurídicos defendibles	60
b.- Necesidad y racionalidad de la defensa.....	62
c.- Necesidad de la defensa.....	63
d.- Racionalidad de la defensa necesaria.....	66
e.- Falta de provocación suficiente.....	68
3.3.- Elemento subjetivo de la legítima defensa.	70
3.4.- Restricciones a la legítima defensa.....	72

CAPITULO IV

LA FUNCIÓN POLICIAL CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

4.1.- Definición.....	75
4.2.- La investigación policial	75
4.2.1.- Características	75
4.2.2.- Carácter científico de la investigación policial	76
a. Concepto.....	76
b. Disciplinas científicas que soportan la investigación policial.....	76
4.4. Policía de investigación.....	76
4.5.- El Rol de la Policía.....	77
4.6.- EL INFORME POLICIAL	78
4.7.- La policía nacional del Perú y la aplicación del Decreto legislativo 1186.....	82
4.8.- El uso adecuado de la fuerza.....	84

4.9.- Marco jurídico internacional sobre uso adecuado de la fuerza	84
4.10.- La Jurisprudencia sobre el uso de la fuerza.	87
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES.....	90
PROPUESTA.....	91
“LEY DE PROTECCIÓN POLICIAL”	91

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1.- Realidad Problemática

Entre el 2013 y 2018, la delincuencia se mantuvo como uno de los principales problemas del país según la percepción de la ciudadanía, de acuerdo al INEI.

En el 2013, 40.4% de la población consideraba a la delincuencia como el principal problema del país, mientras que –en setiembre de 2018–pasó a un 39.6%, antecedido por la corrupción como principal problema, con 60.1% dado los escándalos que involucraron a funcionarios públicos en los últimos años.

Asimismo, según datos del INEI, para el periodo noviembre 2018–abril 2019, 26% de la población de 15 a más años de edad fue víctima de algún hecho delictivo y el 86.1% percibió inseguridad.

En el desarrollo de la información se tiene que el 86.6% de los hombres creyeron que serían víctimas y, en el caso de las mujeres, el 85.7%. Además, en lo que respecta a percepción de vigilancia, un 25.2% de la población manifestó que esta existió por parte de la Policía Nacional del Perú (PNP) en la zona donde vive, un 35.2% contó con vigilancia de serenazgo y un 10%, con patrullaje integrado.

En el año 2018, la Policía Nacional del Perú registró un total de 371,760 denuncias por comisión de diferentes tipos de delitos a nivel nacional, 27% más con respecto a 2017 (79,405).

En cuanto a los delitos contra el patrimonio (hurto, robo, estafas, usurpación, otros), se presentó la mayor cantidad de denuncias, con un total de 246,984 (66.4% del total), un 30% más que en 2017.

Los siguieron los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidios, aborto, lesiones, otros), con un total de 50,091 denuncias (+68%); los delitos contra la seguridad pública, con 41,211 (-6%), y los delitos contra la libertad, con 22,036 denuncias (+39%).

De igual manera, según la base de datos del Sistema de Denuncias Policiales (Sidpol), en los tres primeros meses del año, se han registrado 104,650 denuncias a nivel nacional, es decir, un 28% de todas las denuncias registradas por la PNP en 2018.

El departamento de Lambayeque, con 6,657 (6%). Para atacar esta problemática, en noviembre de 2018, el Gobierno lanzó el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2019–2023, en el que se establecieron una serie de metas.

Ante ésta problemática el Estado realiza esfuerzos con el despliegue de las fuerzas del orden como son los miembros de la Policía Nacional en sus diferentes sectores, el fin es la protección en seguridad al ciudadano haciendo frente a la delincuencia que cada día toma más fuerza.

La División de Defensa Legal de la Policía Nacional del Perú informó que 88 miembros del orden son investigados por el uso de armas de fuego para abatir delincuentes durante sus funciones. Los casos ocurrieron cuando los agentes trataban de frustrar asaltos a negocios o evitar el robo de pertenencias.

Entre algunos casos presentados podríamos mencionar:

- Los agentes de la PNP Christian Ramos Campos, Harold Palomino Riva y Miguel Vásquez Arisa fueron reclusos en el penal de Lurigancho por haber abatido a un delincuente durante una balacera en el Callao.

Los mencionados policías habían acudido a auxiliar a un hombre, a quien dos sujetos armados le habían robado el celular. Luego de cumplir tres meses de prisión obtuvieron su libertad con comparecencia restringida y finalmente fueron absueltos.

- El caso del suboficial PNP Víctor Quispitongo Pérez, un agente que fue condenado a seis años de prisión efectiva por abatir un delincuente en Chiclayo.

Agente que acudió al llamado de vecinos que denunciaron que el hampón junto a sus cómplices realizaban disparos a las viviendas. Durante el enfrentamiento, el sujeto le disparó y el policía respondió.

- El caso del suboficial Elvis Joel Miranda Rojas en Piura. Se le impuso siete meses de prisión preventiva por abatir a un presunto delincuente Juan Carlos Ramírez.

El agente es investigado por la Segunda Fiscalía Provincial Penal por los delitos de homicidio simple y abuso de autoridad contra Ramírez Chocán, quien fue abatido el 13 de enero durante una persecución policial en el distrito de Castilla.

Nuestro Código Penal contempla en su articulado diversas situaciones que enervan la antijuridicidad de la conducta de quien, en principio, ha registrado la encajabilidad de su proceder en determinada norma incriminatoria.- La "legítima defensa", el "estado de necesidad", el "cumplimiento de la ley" y la "lesión consensual", integran las denominadas "causas de justificación", excluyendo de estas "la obediencia al superior", en mérito a que nos inclinamos a considerarla, como lo hace buena parte de la doctrina penalista, una eximente de culpabilidad debido a que la misma se resuelve, en definitiva, en un error de quien obedece.

En la presente investigación nuestro enfoque estará dirigido a intentar determinar si el funcionario policial, que es quien desarrolla aquella"... actividad del Estado para defender por los medios del poder de autoridad, el buen orden público contra las perturbaciones que puedan provocar las existencias individuales.

El cumplimiento de las funciones "ordenadoras y tutelares" en representación del Estado, provocan reacciones en los destinatarios de las mismas porque conllevan, en muchos casos, la restricción de derechos fundamentales del individuo.

Basta pensar nada más, a vía de ejemplo, en la privación de libertad que provoca una detención, aunque la misma se realice dentro de los parámetros que marca la ley, porque limita el ejercicio de uno de los más preciados derechos del ser humano.

Ante el clima de inseguridad que enfrenta nuestro país, se hace necesario mayor presencia policial en las calles para combatir de manera efectiva la delincuencia y el crimen organizado de bandas de inescrupulosos que atentan contra los pobladores. Para ello se hace ineludible proteger legalmente a los valerosos

miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional quienes en forma diaria se enfrentan a los hampones de la calle.

1.2.- Planteamiento del problema.

La policía nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y reestablecer el orden interno. Prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Sin embargo de acuerdo a medios periodísticos unos diez policías están detenidos o prófugos tras combatir el crimen en Piura. Dos meses antes de que el suboficial PNP Elvis Miranda Rojas fuera internado en el Penal de Piura, para cumplir siete meses de prisión preventiva por abatir a un delincuente.

El Ministerio Público, con la facultad conferida por el artículo 159° de la Constitución Política y su Ley Orgánica (Decreto Legislativo N.° 052), requirió ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Castilla, prisión preventiva, contra el ahora favorecido, inmerso en la presunta comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio simple y contra la administración pública en la modalidad de abuso de autoridad, suceso ocurrido el 13 de enero de 2019, en el marco de una intervención policial, por el presunto delito contra el patrimonio (en la modalidad de hurto agravado); amparada en las reglas jurídicas contenidas en el Código Procesal Penal, entre estas, en los artículos VI, 253, 268, 269 y 270 que autorizan legalmente tal medida, la que fuera implementada en instancia, luego de llevada a cabo la audiencia respectiva, dictándose la Resolución N.° dos, de fecha 16 de enero de 2019 por el plazo de siete meses, y confirmatoria Resolución N.° nueve, del 29 de enero de 2019.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, la eximente cumplimiento de la ley está considerada en el artículo 28 refiriéndose a "actos ordenados o permitidos por ley", en virtud de los siguientes extremos: a) de las funciones públicas que desempeña el agente; b) de la profesión del agente que las cumple; c) en vista

de la ayuda que le presta el agente que los cumple; y d) en vista de la ayuda que le presta la justicia.

Muchos sectores de la población –y, por supuesto, algunos líderes políticos– han cuestionado que el Poder Judicial imponga esta medida a los policías solo por "haber cumplido su deber". Alegan que medidas como esta lo único que lograrán es que dichos efectivos eludan sus responsabilidades de represión de la criminalidad a fin de evitar ser recluidos.

Por ello, queremos recordar que establece el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1186, norma que regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú, Decreto Supremo N° 012-2016-IN. Esta norma establece claramente, en su artículo 11°, las reglas de conducta en el uso excepcional de la fuerza letal.

Así, se establece que, en caso de resistencia activa del infractor de la ley que represente un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, el personal de la Policía Nacional del Perú, excepcionalmente, podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario, y solo cuando medidas menos extremas resulten insuficientes o sean inadecuadas. Y solo en las siguientes situaciones:

1. En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o lesiones graves.
2. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave.
3. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida.
4. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando. En esta situación solo se justifica el uso de la fuerza letal ante quien en su huida, genere un riesgo evidente, manifiesto e inmediato capaz de causar lesiones graves o muerte. En ningún caso se usará la fuerza letal contra quien encontrándose intervenido, detenido, retenido o recluido evade la acción de la autoridad, siempre que esta acción no represente un riesgo letal para otras personas.

5. Cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta. El uso de la fuerza letal en esta situación solo se justifica ante un acto evidente, manifiesto e inmediato, generado por quien empleando violencia con objetos o armas, puede causar lesiones graves o muerte.

Ahora bien, cuando concurra alguna de estas circunstancias, el procedimiento a seguir es el siguiente:

- a. El efectivo policial debe desenfundar su arma, empuñándola preventivamente y simultáneamente procederá a identificarse.
- b. Identificarse como policía aun estando uniformado o con elementos de identificación acorde a su especialidad funcional.
- c. Dar al presunto infractor una clara advertencia de la intención de emplear su arma de fuego, dándole tiempo suficiente para que lo entienda y tome una decisión.
- d. Si el presunto infractor depusiera su actitud, el efectivo policial procederá a su control, inmovilización y conducción de conformidad a los procedimientos vigentes.
- e. En caso que el presunto infractor mantuviera su actitud violenta y el riesgo letal es inminente, empleará el arma de fuego y, si las condiciones lo permiten deberá realizar el disparo selectivo en determinada zona del cuerpo, con la finalidad de neutralizar la acción letal del presunto infractor de la ley.

Por último, la norma establece que este procedimiento no se ejecutará si su práctica creara un riesgo de muerte o lesiones graves para los efectivos policiales u otras personas, o la advertencia resultara evidentemente inadecuada o inútil, en cuyo caso se empleará el arma de fuego directamente.

Mediante la ley 30151, de enero de 2014, se modificaron las causas eximentes de responsabilidad del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 20°.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, causa lesiones o muerte.

Esta ley se encuentra en abierta.

Entre los casos a analizar no encontramos con el caso de Piura del Técnico Miranda

Así mismo el caso de Técnico PNP Cueva Cueva Evert. Expediente 5650-2019.

I.- Acusación formulada por el Ministerio Público

El señor Fiscal imputa a Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe ser coautor del delito contra el patrimonio, en su modalidad de hurto agravado, en grado de tentativa, en agravio de Evert Neiser Cueva Cueva; asimismo, incrimina a Evert Neiser Cueva Cueva, el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de lesiones graves, en agravio de Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe; y el delito contra la administración pública, en su modalidad de abuso de autoridad, en agravio del Estado (Ministerio del Interior) y de Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe; todo ello, en mérito a que el día 22 de enero de 2019, a las 14:00 horas aproximadamente, cuando el efectivo policial Evert Neiser Cueva Cueva, se desplazaba a bordo de la mototaxi que le prestaba servicio de transporte público, por la calle México y San Mateo del pueblo joven Nuevo San Lorenzo del distrito de José Leonardo Ortiz, mientras hablaba por teléfono celular, el imputado Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe sorpresivamente abordó la parte posterior del vehículo mototaxi mencionado precedentemente, y procedió a arrebatarse su equipo celular a Cueva Cueva, para luego darse a la fuga a bordo de otra mototaxi que lo esperaba con su respectivo conductor, a treinta o cuarenta metros por la calle San Mateo del distrito de José Leonardo Ortiz.

Sigue precisando el Ministerio Público, que luego de ello, el policía Evert Neiser Cueva Cueva le pidió al conductor de la mototaxi que pare, a fin de

bajar, correr y tratar de alcanzar al imputado Urrutia Suclupe, gritando "alto, policía", en reiteradas oportunidades, pero como no le hacían caso y ante la eventualidad de que huyan con su teléfono celular realiza dos disparos al aire, y luego un tercer disparo a Urrutia Suclupe, logrando impactarlo en el brazo izquierdo, cerca de la axila. Agrega que providencialmente venía por la avenida México el policía Alejandro Enrique Cifuentes Bracamonte a bordo de su moto lineal de patrullaje, prestándole inmediatamente apoyo, continuando la prosecución por las calles Panamá y San Lucas, en donde desciende de la mototaxi el imputado Urrutia Suclupe, pretendiendo ingresar a un domicilio, siendo interceptado por Evert Cueva Cueva. Posteriormente, se le practicó el registro personal a Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe y se le encuentra a la altura de su cintura, debajo de su calzoncillo, el teléfono celular marca Samsung, con número de abonado 930841844 que acababa de hurtarle a Evert Neiser Cueva Cueva. Indica que después Urrutia Suclupe fue conducido al hospital regional de Lambayeque, en donde los médicos concluyen que se le ocasionó lesiones que han merecido diez días de atención facultativa por sesenta de incapacidad médico legal.

Agrega que constituye, delito de lesiones graves y abuso de autoridad porque cuando Cueva Cueva le causa lesiones graves (por proyectil de arma de fuego) a Urrutia Suclupe, lo hace mediante un uso desmedido de la fuerza, empleando el arma de fuego que el Estado le dotó para el servicio público, pero que confluendo en este caso, el interés de quien también resultaba agraviado por el hurto de su celular se excede por recuperarlo, extralimitándose en sus funciones.

De otro lado, señala el representante del Ministerio Público que el delito de hurto agravado cometido por Urrutia Suclupe quedó en grado de tentativa porque el bien (equipo celular) fue recuperado sin interrupción de la persecución en poder de Urrutia Suclupe.

1.2.- El señor Fiscal para el presente caso ha reunido los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio y que establecen la realidad de los delitos instruidos, así como la responsabilidad de los investigados se tiene:

- *El acta de intervención policial de fecha 22 de enero de 2019, mediante el cual personal policial da cuenta que, en el distrito de José Leonardo Ortiz, a horas 14:07 aproximadamente, cuando se estaba trasladando a su centro de labores (Comisaría de José Leonardo Ortiz) a bordo de una mototaxi, a la altura de las calles México con San Mateo, al momento que había sacado su equipo celular marca Samsung, color negro, con chip movistar, número 930841844, para utilizarlo, siente la mano*
- *El dictamen pericial número 2019002000860 del servicio de toxicología forense practicado a Evert Neiser Cueva Cueva, con la conclusión de que la muestra analizada no presenta alcohol etílico.*
- *El certificado médico legal número 00724-PF practicado a JEAN CARLOS CRISTI HAN URRUTIASUCLUPE, el que informa después de revisar la documentación recibida se concluye que presentó herida perforante en brazo izquierdo con fractura de húmero producida por disparo de proyectil único de arma de fuego, por lo que ha requerido diez días de atención facultativa por sesenta de incapacidad médico legal.*
- *El dictamen pericial de análisis de restos de disparo por arma de fuego número RD 054-055/19 practicado a EVERT NEISER CUEVA CUEVA, con la conclusión de que dio positivo para cationes metálicos de plomo, antimonio y bario.*
- *El dictamen pericial de análisis de restos de disparo RD 52/19 practicado a Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe, con la conclusión de que dio positivo para plomo, y negativo para antimonio y bario.*
- *El informe médico practicado por el hospital regional Lambayeque a JEAN CARLOS CRISTHIAN URRUTIA SUCLUPE de fecha 25 de abril de 2019, con diagnostico fractura diafisaria de húmero izquierdo IIIC.*

El representante del Ministerio Público está postulando el título de imputación del acusado JEAN CARLOS CRISTHIAN URRUTIA SUCLUPE como coautor del delito contra El patrimonio en la modalidad

de HURTO AGRAVADO en grado de tentativa, en agravio de Evert Neiser Cueva Cueva; y contra EVERT NEISER CUEVA CUEVA el título de autor directo, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de LESIONES GRAVES en agravio de Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe, y por el DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD en agravio del Estado y de Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe. De conformidad con lo establecido en los artículos siguientes:

El delito de HURTO AGRAVADO previsto en el artículo 186° del Código Penal, en concordancia con el artículo 185° del mismo Código, el cual describe la conducta base que se configura en su aspecto objetivo, cuando el agente, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. Es agravado el hecho cuando el agente lo desarrolla en cualquiera de las circunstancias que describe el precitado artículo 186 del mismo cuerpo normativo. En este caso, es de aplicación la contenida en el numeral cinco del primer párrafo, esto es, cuando el hurto se produce mediante el concurso de dos o más personas. Se encuentra sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El delito contra la administración pública, en su modalidad de ABUSO DE AUTORIDAD, está previsto en el artículo 376 del Código Penal, que establece: "el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

También relata la presunta comisión del delito en contra de la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de LESIONES GRAVES, previsto en el artículo 121° del Código Penal que estipula: "El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud física o mental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

- 1.- Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.*
- 2.- Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el*

trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.

3.- Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera veinte o más días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o se determina un nivel grave o muy grave de daño psíquico (...)

En los supuestos 1, 2 y 3 del primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de seis años ni mayor de doce años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

(....)

4. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima. (...)

El Ministerio Público solicita con respecto al imputado Jean Carlos Cristhian Urrutia Suclupe, la pena de dos años seis meses de pena privativa de libertad, porque el hecho punible quedó en grado de tentativa, y ello permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal, y el pago de una reparación civil de S/. 500.00 soles a favor de Cueva Cueva.

En tanto que para Evert Neiser Cueva Cueva solicita siete años de pena privativa de libertad, por los delitos de lesiones graves y abuso de autoridad (por existir concurso ideal). Asimismo, con respecto al delito de abuso de autoridad, corresponde la pena de inhabilitación conforme al artículo 426, en concordancia con los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. En este sentido, para que se le prive de la función o cargo que viene ejerciendo (1) y para que se le incapacite o impida obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el lapso de la pena principal, esto es, siete años.

Caso miranda (Piura).

En una audiencia de prisión preventiva el abogado espera su turno para proponer su tesis defensiva y postula una legítima defensa. No le interesa

debatir el hecho típico porque considera que sí existen elementos de convicción fundados y graves. El juez impertérrito, le pregunta si va a cuestionar los elementos de convicción; el abogado responde que no, y manifiesta que propondrá para el debate la concurrencia de una legítima defensa y los elementos de convicción vinculados a ésta. El juez con un gesto de extrañeza decide que será en juicio oral donde se debatirá la concurrencia de una legítima defensa.

Situaciones similares se producen todos los días en los diferentes escenarios judiciales donde se discute una prisión preventiva. Así se aprecia una práctica generalizada que centra el debate en la audiencia de la prisión preventiva solo los elementos de convicción del hecho típico. Empero, el art. 268 del CPP exige el debate de los elementos de convicción del delito.

En el caso Miranda, según la versión de un testigo de excepción, se presenta los fácticos siguientes:

Fundamento 5.5 de la Resolución judicial:

a) La declaración de la testigo presencial de los hechos, Rocío Del Pilar García Córdova; quien refiere de manera textual lo siguiente:

“cuando salí a ver qué sucedía, veo a un muchacho que corría y detrás de él había un policía corriendo y un patrullero que iba siguiendo una mototaxi, y veo que el policía perseguía al chico haciendo disparos al aire, en ese momento escucho el último disparo y veo que el joven levanta sus brazos dobla su pierna y cae haciendo una media vuelta para terminar boca arriba en la tierra, pudiendo observar que éste tenía sangre en el pecho, al momento que el joven cae al piso el policía lo mira, da la vuelta y regresa a ver a su compañero (...) y no socorre al muchacho que estaba tirado ensangrentado, yo me acerco al joven que estaba tirado en la arena, siendo la primera persona que lo auxilio, él no tenía arma, no tenía nada”.

Conforme a esa versión los hechos califican como homicidio. Empero, podría postularse que se habría configurado la causa de justificación, esto es, el cumplimiento de un deber. Pero, el cumplimiento del deber que

justifica una conducta típica, requiere que se produzca en el contexto de la obligación impuesta, sin exceder los límites del deber. En el caso, el deber está limitado por el artículo 8 del D. Leg. 1186, que establece reglas del uso excepcional de la fuerza letal, en el numeral 3, prescribe:

El personal de la Policía Nacional del Perú, excepcionalmente podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario, y solo cuando medidas menos extremas resulten insuficientes en las siguientes situaciones:

- a. En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o lesiones graves;*
- b. Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave;*
- c. Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida;*
- d. Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando;*
- e. Cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria violenta.*

Todos estos supuestos exigen un riesgo de vida o de lesiones graves atribuibles, pero del fáctico no aparece que el fallecido haya realizado una conducta que ponga en riesgo la vida o la integridad de otras personas, concomitantes con su huida. Pero, el efectivo policial asumía que obraba “cumpliendo un deber”. Se habría configurado, pues, una causa putativa de justificación, esto es, un error de prohibición indirecto. Por tanto, el debate pudo centrarse en el nivel analítico de la culpabilidad, para determinar si se configuró ese error indirecto y si era invencible o vencible: en el primer supuesto, con el efecto jurídico de exención de pena y conclusión del debate; o, en el segundo supuesto, con el efecto de disminución prudencial de pena, y de proseguir con el debate de los otros presupuestos.

Es razonable considerar que pudo configurarse una causa de justificación putativa (cumplimiento de un deber putativo), pues si el propio director de Defensa Legal de la Policía, un general del máximo rango, expresa a los medios de comunicación que “si el delincuente, ante un disparo al aire no obedece a la orden, se le tiene que disparar. Tenemos que quitarnos el chip de que el policía es abusivo. O es el delincuente o es la sociedad”, entonces el mensaje que asumen los subalternos es que matar en las circunstancias señalados ut supra, sería solo el cumplimiento del deber, sin considerar los límites previstos en artículo 8 del D. Leg. 1186. Con ello, muchos efectivos policiales asumirán que pueden hacer uso de su arma cualquiera sea el contexto y sin los límites previstos en la ley. Así internalizan ese mensaje antinormativo y con ello podrían incurrir en un error de prohibición indirecto, configurado por un “cumplimiento putativo de un deber”.

En el caso Miranda otra posibilidad de calificación jurídica sería considerar configurada una eximente incompleta. En efecto, el art. 21° del Código Penal, prevé que “en los casos del artículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”, y podría sostenerse que Miranda cumplía su deber, aun cuando no dentro de los límites legales.

El debate sobre la configuración de un error de prohibición indirecto vencible, o una eximente incompleta, daría lugar a una disminución de la pena, que gravitará en la prognosis de la pena y en la gravedad de la pena; de ahí la necesidad de su debate. Cualquiera sea la opción de calificación jurídica del comportamiento de Miranda, lo importante es destacar la necesidad de fijar como objeto de debate, de la audiencia de prisión preventiva, una causa de justificación incompleta, o una causa putativa de justificación –error de prohibición indirecto-, que configura la necesidad o tema probatorio.

La referencia al caso Miranda permite apreciar la necesidad práctica de debatir la calificación de los hechos que corresponden a todos los estratos analíticos del delito.

Los elementos de convicción de las causas de justificación o exculpación

Sin embargo, delimitado el objeto del debate en una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, etc.) se presenta un problema con relación a los elementos de convicción que deben ser sometidos a debate. Así: i) por un lado, se tiene a quienes asumen que los únicos elementos de convicción que serán sometidos a contradictorio son los que obran en la carpeta fiscal; empero, ii) otra opción es que los elementos de convicción pueden ser los propuestos y presentados por la defensa al recién al inicio de la audiencia.

Esta última opción es más razonable, dado que la carpeta contiene recaudos elaborados por el Ministerio Público para construir su caso; y por la brevedad del tiempo, en supuestos de flagrancia, la defensa del imputado no tuvo la posibilidad de realizar actos defensivos ni incorporar información para sustentar su versión de los hechos; por tanto, es necesarios otorgar la posibilidad de la incorporación de esa información defensiva, pues optimiza el contradictorio y con ello, un mayor aproximación a la verdad, para decidir el encierro preventivo de un ciudadano.

1.3.- Formulación del problema

¿De qué manera se aplica la Legítima Defensa a los miembros de la Policía Nacional del Perú en cumplimiento de función de sus actos frente a la delincuencia en el Perú?

1.4.- Justificación e importancia del Estudio.

1.4.1.- Justificación.

Es importante para la comunidad estudiantil, pues el trato que merece la legítima defensa putativa es el del error sobre los presupuestos típicos de una justificante considerando que en este caso excluye el dolo, si el error es vencible habrá imprudencia, en caso de no serlo la acción es impune.

Parte de la doctrina científica, considera que todo error sobre una causa de justificación será un error de prohibición que solo atenúa o excluye la culpabilidad según se trate de error vencible o invencible - la llamada teoría estricta de la culpabilidad-.

1.4.2.- Importancia

El estudio propuesto es de medular importancia pues explicará las distintas fundamentaciones que se han dado a lo largo de la evolución dogmática a la legítima defensa, y al concepto de agresión ilegítima, dado que de esa manera junto con el concepto de acción que manejemos podremos encontrar soluciones dispares a la problemática de la defensa necesaria, frente al delito imprudente.

Se estima importante la presente investigación pues permite necesario efectuar algunas consideraciones sobre los aspectos esenciales que abarcan a esta causal de justificación, toda vez que es de medular importancia para el estudio propuesto, explicar las distintas fundamentaciones que se han dado a lo largo de la evolución dogmática a la legítima defensa, dado que de esa manera junto con el concepto de acción que manejemos podremos encontrar soluciones dispares a la problemática de la defensa necesaria, frente al delito.

1.5.- Objetivos.

1.5.1.- General

- Determinar la legítima defensa aplicada a los miembros de La Policía Nacional del Perú en actos de función frente a la delincuencia común.

1.5.2.- Específicos

- Establecer los aspectos doctrinarios de la legítima defensa en la legislación penal peruana.

- Analizar los casos judicializados por legítima defensa de los miembros de la Policía Nacional del Perú que se encuentran inmersos en los actos de función frente a la delincuencia común.
- Analizar el marco normativo de los miembros de la Policía Nacional del Perú en el uso de la fuerza.
- Evaluar la inseguridad ciudadana y la delincuencia común que viene sucediendo en la Región Lambayeque.

1.6.- Hipótesis

Si, la legítima defensa es una necesidad racional del medio empleado por el agredido, entonces debe ser aplicable y favorable para los miembros de la policía nacional del Perú en cumplimiento de función de sus actos hacen frente a la delincuencia común.

1.7.-Variables

1.7.1- Variable independiente.

- La legítima defensa.

1.7.2.- Variable dependiente.

- Actos de función de los miembros de la Policía Nacional del Perú.
- Delincuencia común.

1.8.- Metodología.

1.8.1.- Tipo de investigación.

El tipo de investigación que se utiliza es descriptiva, debido a que tiene como objeto de estudio a una situación concreta, análisis e interpretación de la naturaleza actual, respecto al pago de reparación civil en los accidentes de tránsito. (BERNAL, 2006)

1.8.2.- Diseño de Investigación / contrastación de la hipótesis.

(Sánchez, Carlos, 1996) Es la forma más elemental de investigación a la que puede recurrir un investigador. Algunos estudiosos no lo consideran propiamente como un tipo de investigación científica, en este diseño el investigador busca y recoge información contemporánea con respecto a una situación previamente determinada (objeto de estudio), no presentándose la administración o control de un tratamiento.

Utilizaremos el diseño descriptivo simple por cuanto este tipo de estudio está interesado en la buscar y recoger información con respecto a la investigación.

1.8.3.- Población y Muestra.

Población:

Viene a ser el conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones (HERNANDEZ 2010).

La población está constituida por operadores jurídicos y abogados litigantes de la ciudad de Chiclayo que tienen incidencia en el Poder Judicial

Muestra:

Un subgrupo de la población (HERNANDEZ 2010)

Sera de tipo “no probabilístico”, la población de estudio no es numerosa se considera 10 abogados penalistas litigantes de la ciudad de Chiclayo.

MUESTREO: Para el presente trabajo se utilizara muestra no probabilístico intencional.

1.8.4.- Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Técnica:

Técnicas de encuesta. - Técnica que nos permitirá conocer las opiniones, criterios y críticas.

De Análisis

(BERNAL, 2006, pág. 65)

Este método es un proceso cognoscitivo, que consiste en descomponer un objeto de estudio, separando cada una de las partes del todo para estudiar en forma individual.

Una vez acopiada la información, se ingresarán todos los datos al ordenador para su correspondiente procesamiento; para ser descritos, examinados y sirvan de fuente para la extracción de la síntesis informativa.

(BERNAL C. A., 2006)

Técnica de Observación:

Durante la ejecución de este proyecto se observó la problemática, logrando captar los datos más importantes.

Técnica de fichaje:

Se elaborará fichas de registro, donde se registrará la doctrina nacional y extranjera; así como, la legislación nacional y comparada aplicable al presente estudio.

Documental: Se extrajo de los datos pre-existentes, contenidos en los expediente del poder judicial.

1.8.5.- Validación y confiabilidad de los instrumentos.

Para la medición de una determinada variable es necesario contar con el instrumental adecuado, que en el caso del presente estudio ha sido diseñado y luego validado, por la naturaleza intangible y novedosa de las variables que se están investigando. A efectos de la presente investigación, el instrumento de medición estuvo constituido por un cuestionario.

1.8.6.- Instrumentos de Medición

La encuesta final se compone de un instrumento de medida que, tal como se ha indicado con anterioridad, se pueden consultar en el capítulo final.

1.8.7.- Validación y Fiabilidad del Instrumento de Medición

Las características de un buen instrumento son la Validez y la fiabilidad para el diseño de un instrumento de medición, que recoja información primaria con la que se pueda evaluar el objeto de estudio, es necesario que el mismo cumpla con dichas características. Para ello se han realizado las pruebas, análisis y/o test que a continuación se mencionan, cuya técnica estadística detallada, en los casos que corresponda, se presentará en el punto de análisis de datos.

a) Validación de contenidos

La validación de contenidos se realizó a través de la técnica de juicio de expertos para el cuestionario, la cual se establece recopilando Opiniones emitidas por informantes calificados acerca de los niveles de validez de una técnica, entendiéndose por validez la coherencia entre lo que la técnica observa y lo que con ella se pretende observar.

b) Validación de experto

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo validar la propuesta de la Investigación desarrollada por el señor Tino Raúl Quevedo Navarro.

1.8.8.- Métodos y procedimientos para la recolección de datos.

Análisis estadísticos y representación de los resultados.

Se recolectará información de los diferentes libros de autores nacionales y extranjeros, legislación nacional y legislación comparada, revistas especializadas y publicaciones relacionadas al tema de estudio.

Así mismo la información que se recabará de los informes policiales los cuales serán procesados en Microsoft Excel, para elaborar los cuadros estadísticos y demostrar gráficamente la situación problemática del estudio que se está realizando.

CAPITULO II

LA LEGITIMA DEFENSA

2.1.- Concepto.

La legítima defensa, cuyos antecedentes se remontan a las épocas más antiguas de la humanidad, se ha convertido en la causal de justificación de mayor trascendencia en la praxis judicial, lo que ha ocasionado también su mayor tratamiento en las exposiciones teóricas de los cursos de Derecho penal-parte general, asimismo es recepcionada por todas las legislaciones, incluso en nuestro país goza de consagración constitucional (artículo 2, inciso 23 de la Constitución Política).

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

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

2.2.- Naturaleza y Fundamento.

Si bien en otros tiempos se consideró que, la legítima defensa fundaba la impunidad en la afirmación de que "la necesidad no conoce ley", lo que no le hacía surtir otro efecto jurídico que la eliminación de la pena, y otros la consideraron simplemente como causa de inimputabilidad, hoy nadie niega prácticamente, que se trata de una causa de justificación es decir, que

elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico. Si bien esta naturaleza de causa de justificación está unánimemente aceptada, queda por ver cuál es su fundamento que, como anota Zaffaroni, no resulta sencillo, particularmente si consideramos que de él se derivan consecuencias para su ámbito y condiciones.

Bastante se ha discutido sobre la esencia o fundamento de esta institución: simplificando demasiado, podemos señalar posturas que la basan en la perturbación del ánimo que llega a excluir la imputabilidad del autor (S. Pufendorf); inculpabilidad por conflicto de motivaciones (A. Uttelbach); la idea de la retribución (A. Geyer); el carácter parcialmente penal de la misma (H. Mayer). Otras que se basan en un derecho innato y tan antiguo como el hombre (A. Quintano Ripollés); la falta de protección estatal (A. Graf Zu Dohna); el impulso o instinto de conservación (J. F. Pacheco); el enfrentamiento de derecho e injusto, pues el derecho no debe ceder ante este último (A. Löffler, F. Oetker, R. Maurach). Incluso, se conocen teorías que la aglutinan al lado de las demás justificantes a partir de posturas como la de la colisión de intereses (P. Noll, L. Jiménez de Asúa); o la —del fin—, para la que todas las causales se explican a partir del —principio de la adecuación del medio al fin (A. Graf ZuDohna, F. Von Liszt/E. Schmidt), etc.¹.

En la actualidad generalmente es aceptada la idea de que el fundamento de la legítima defensa reside en que el derecho no está en la situación de soportar o ceder ante lo ilícito⁴³, del cual surge una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual (autodefensa) sino también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal (prevalecimiento o defensa del derecho)².

¹ Véase una exposición detallada de cada una de estas posturas en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pp. 18-92. EL MISMO. —*El doble fundamento de la legítima defensa*//. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 3, Madrid, 1977, pp. 101 y ss. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Ob. cit.*, pp. 58 y ss.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, no hay que llevar al extremo el principio de confirmación del derecho, así disparar —por ejemplo— a una persona, porque se carece de otro medio para evitar que sustraiga una fruta del árbol, no puede estimarse un acto autorizado por el principio de que no hay que ceder ante un ataque ilícito. El adecuado equilibrio entre la defensa del ordenamiento jurídico y la protección marca el justo rol de esta institución. "El principio de autoprotección impone una necesaria sumisión de la reacción defensiva a una cierta proporción respecto al mal que se avecina, pero esa cierta dosis de proporcionalidad resulta compensada por el mayor margen de desproporción que permite el principio de defensa del derecho, puesto que éste confiere al defensor una especie de poder supraindividual: al ejercer la legítima defensa no sólo defiende sus bienes o los de otro, sino también el ordenamiento jurídico; esto hace que el balance del interés jurídico se incline a su favor, incluso si lesiona un bien más valorable del que estaba puesto en peligro por el agresor".

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

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

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

2.3.- Características.

2.3.1.- Status normativo.

Es una causa legal que excluye la antijuridicidad de la conducta lesiva de puesta, atribuible a quien ve agredidos sus bienes jurídicos o de terceros, ante la acción injusta de un agresor individualizado que se vale de actos propios o utiliza instrumentos.

Estamos así ante una norma que autoriza a la persona física a defenderse, o dicho de otro modo, se trata de un permiso normativo para actuar agrediendo bienes jurídicos en defensa propia o de terceros.

2.3.2.- Fundamentos

Se fundamenta, en tanto causa de justificación, con base a los siguientes criterios:

La defensa, legítima y necesaria, por lo mismo racional, reafirma el derecho, ante su negación o cuestionamiento puesta de manifiesto a través conducta de agresión ilegítima por parte del agresor.

Constituye un derecho que el ordenamiento jurídico penal positiviza y coloca a favor del ciudadano.

La legítima defensa es uno de los pocos y excepcionales supuestos en los que se puede argüir con toda razonabilidad que el derecho se hace valer también a través de medios violentos — de exigirlo el caso sin posibilidad razonable de actuar de otro modo- que contribuyan a reafirmar la vigencia de la norma, la misma que no puede admitir el sacrificio de bienes jurídicos ante la hipótesis de la inacción o no defensa. Esto es, una vez desatada una situación de agresión injusta, no superable por los medios formales que posee el ordenamiento jurídico, -según evaluación ex ante-, y que requiera una inmediata respuesta para salvaguardar intereses valiosos(propios o de terceros) reconocidos y protegidos por el derecho penal, puede el agredido lesionar bienes jurídicos valiosos del agresor, siempre y cuando dicha acción de respuesta se contextualice con los requisitos exigidos por el numeral 4 del artículo 20° del Código penal.

2.3.3.- Bienes defendibles

Ha sido una idea dominante de larga historia que la legítima defensa toma como objeto de protección bienes jurídicos individuales, específica y especialmente la vida e integridad física. Sin embargo la norma legal peruana no restringe ni establece una nómina de bienes objeto de protección mediante la legítima defensa, dejando abierta la posibilidad de inclusión de una amplia gama de bienes jurídicos defendibles, de conformidad a los criterios de interpretación doctrinaria y jurisprudencial de los alcances de la norma al respecto: libertad sexual, propiedad, domicilio, honor, etc.

Es más, la norma penal no reduce necesariamente la defensa de bienes jurídicos a los de estricta naturaleza penal, basta que sean bienes jurídicamente protegidos.

Existe una cierta predisposición doctrinaria a descartar como objeto de protección, a través de la legítima defensa, a los bienes jurídicos colectivos e institucionales. No obstante se debate y maneja actualmente un concepto superior de defensa de bienes jurídicos estatales ante el auge de la criminalidad organizada. Llegándose a hablar actualmente de la defensa social y/o estatal ante la macro agresiones de la criminalidad organizada.

2.3.4.- Requisitos legales

Agresión ilegítima. Acción generada directamente por un ser humano, animales o cosas pertenecientes, bajo vigilancia o dirigidas por el primero. La ilicitud supone la antijuridicidad de la acción agresora.

La doctrina italiana admite la posibilidad de que la agresión esté representada también por omisión penalmente relevante

a) **Racionalidad de la respuesta.** Una respuesta racional por parte del que efectúa la defensa, una vez establecida la situación de conflicto derivada de la agresión injusta, presupone: la necesidad concreta de la defensa, una vinculación de actualidad-urgencia e inmediatez entre agresión-defensa (agresor-defensor), la inexistencia de excesos o desbordamientos que desnaturalicen los contornos y el contenido de la legítima defensa, así como el conocimiento por parte del defensor de que se halla colocado en el marco de una situación de conflicto y que quiere y está efectuando la acción de defensa frente a una agresión ilegítima.

Pertenece igualmente al ámbito textual de la necesidad racional de la defensa el criterio de prevalencia del interés legítimo protegido con la acción de respuesta lesiva.

b) Provocación no suficiente por parte de quien se defiende.

La norma admite la posibilidad que quien se defiende haya provocado suficientemente la agresión, hipótesis en la cual no existirá defensa legítima.

Falta de provocación suficiente, es una locución no lo suficientemente clara, sujeta a interpretación y evaluación fiscal-judicial. Actos de irrelevancia, insignificancia o nimiedad provocadora o incitadora a la agresión, provocación culposa o negligente, no constituyen provocación suficiente. No obstante, sobre agresiones culposas susceptibles de generar legítima 'defensa no existe unanimidad de criterios en la doctrina. La norma penal nacional solo hace alusión a agresión ilegítima sin hacer referencia a que la misma sea de naturaleza dolosa o culposa.

2.3.5.- Limitaciones y ámbito de rebasamiento

Las limitaciones a la vigencia de la legítima defensa están dados cuando:

- a) La respuesta lesiva se da en bienes jurídicos que no corresponden a los del agresor ilegítimo.
- b) No cabe legítima defensa de quien provocó la agresión injusta, en condiciones de estricta vinculación y proporcionalidad
- c) Se flexibiliza la legítima defensa ante acciones practicadas por inimputables. Contexto de respuesta en el cual el sentido comú exige una respuesta ajustada a la situación concreta que evite lesión de bienes jurídicos del agresor excepcional: el esquivamiento, la huida o retirada, en caso de ser practicables.
- d) Es objeto de debate la participación o ayuda a quien se defiende ilícitamente de la agresión, en la hipótesis de que el partícipe aproveche de la oportunidad para lesionar dolosamente bienes jurídicos valiosos y penalmente protegidos del agresor, supuesto que no liberaría a dicho aparente partícipe de la relevancia pena de su acto.
- e) El exceso en la defensa. El, derecho no ampara la desproporcionalidad de la defensa, que puede producirse tanto por

su permanencia o prolongación más allá de haber cumplido su cometido (impedir o repeler la agresión), como por la evidente respuesta excesiva ante estímulos agresivos no suficientes para desencadenarla.

- f) Es inherente también al tema de la desproporcionalidad o exceso la vulneración, por parte del defensor, de bienes jurídicos más valiosos de los que pretende proteger.
- g) El error sobre los componentes objetivos de la legítima defensa en el que se halla quien ejercita una defensa. Figura generalmente conocida como legítima defensa putativa, que se reconduce actualmente bajo el concepto de error de tipo. Posición doctrinaria distinta lo ubica como un error de prohibición

2.4.- El fundamento de la legítima defensa.

Un problema básico que ha de ser abordado tan luego se inicia el estudio de cualquier elemento negativo del delito, es el referente al de su fundamentación.

Tan variadas son las teorías que han pretendido explicar el fundamento de la eximente que se trata en estas páginas, que podrían muy bien separarse aquellas que la estiman ilícita pero impune, de las que ven en ella un acto verdaderamente justificado (lícito).

Siendo parcial el análisis que se hará a continuación, los interesados en profundizar el estudio del fundamento de la defensa personal, pueden muy bien consultar las obras de COUSIÑO MAC IVER, JIMÉNEZ DE ASÚA, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, GIUSEPPE MAGGIORE (1882-1954) y MANUEL DE RIVACOBÁ, citadas en la guía bibliográfica que aparece al final.

2.4.1.- Fundamentaciones que no consideran lícita la defensa

a) Perturbación producida en el ánimo del atacado.

SAMUEL PUFENDORF (1632-1694) formuló por primera vez esta doctrina para dar a entender que quien reacciona en legítima defensa ante la presencia de un ataque, es penalmente irresponsable por haber actuado en estado de perturbación de ánimo (propter perturbationem animi).

Conforme a tal fundamentación, no sería el instituto una causa de justificación, sino, más bien, de inimputabilidad¹⁶ que, como sostiene CARRARA (1805- 1888), tiene su base en la conmiseración que el Estado siente por la debilidad mostrada por el sujeto que se defiende atolondrado (*ob miserationem humanae imbecilitatis*).

No ha consentido la doctrina tales argumentos, principalmente porque de admitirse la teoría de la perturbación, no cabría defensa en favor de terceros³, pues, ante la inminencia o actualidad de una agresión (que, supongámosla, además repentina), quedarían intactas las facultades mentales de quien, por ejemplo, observa la agresión a una tercera persona.

En algunos casos se perturba el ánimo del atacado; sólo muy excepcionalmente, el de quien observa y sale en su defensa.

Los opositores a la teoría de PUFENDORF, con razón, alegan además que no siempre quien se defiende ve mermadas sus facultades mentales y puede más bien obrar con toda serenidad, percatándose del daño que está ocasionando. CARRARA⁴ ha demostrado que lejos de actuar en estado de perturbación mental se puede obrar con "cálculo y con plena sangre fría", sin que por ello deje de ampararnos la justificante. Imaginemos el caso del ladrón que mantiene a su víctima secuestrada, amenazándola constantemente con matarla si no le descubre el lugar donde tiene guardadas sus joyas. Si la víctima se rebela, tras pasadas las primeras emociones perturbadoras, y decide eliminar al agresor, no puede alegarse que, porque lo hizo con la más absoluta serenidad, dejó de actuar en defensa legítima de su patrimonio y de su libertad.

Finalmente, de admitirse la teoría de la perturbación en el ánimo del atacado, tendría que excusarse la reacción de quien es justamente atacado, pero aun ello, no conservó la serenidad. Tal es el caso del condenado a morir que mata al verdugo que se apresta a ejecutar la

³ SEBASTIÁN SOLER (1900-1980), Derecho penal argentino, I, 1951, p. 395; CEREZO, Curso de Derecho penal español, Parte general, vol. II, Teoría jurídica del delito, sexta edición, 1998, p. 210.

⁴ Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte general, 1956, § 290, nota 1, pp. 200-201.

sentencia. No se excusará, en cambio, la del injustamente atacado que procedió con impavidez.

b) Contraposición de motivos

Si el fundamento de la defensa privada fuese la perturbación producida en el ánimo del atacado, estaríamos ante un caso de exclusión de punibilidad por inimputabilidad en el agente. Schmitz Uttelbach, defensor de la teoría del conflicto de motivaciones, postula, más bien, la inculpabilidad de quien se defiende. Sea que la defensa fuese una eximente por inimputabilidad o inculpabilidad, en ambos casos será un acto antijurídico.

Sostiene UTTELBACH que, antes de repeler el ataque, el agredido es consciente de lo injusto (antijurídico) que significaría herir en defensa para repulsar la agresión. La representación de esa injusticia se hace patente al momento de la defensa, motivando la psiquis del agente para hacerlo desistir; luego, el instinto de conservación, contraponiéndose, impulsa al sujeto a defenderse. El conflicto de esas motivaciones es resuelto a través de la acción defensiva.

Sobre el sujeto actúa internamente la representación de que su acto es antijurídico y que como tal merecerá una pena; sabe, además, que si no resuelve en favor de la defensa, obedeciendo a su instinto de conservación, sufrirá un daño del agresor. Entre la pena y el daño del atacante, desecha éste y se inclina por aquélla.

Dado que el sujeto debe escoger entre dos males, no pudiéndosele exigir otra conducta, se le disculpa. Dicho de otro modo: el agente es inculpable porque, ante la inminencia de sufrir uno u otro mal (pena o agresión), reacciona dañando, no pudiendo exigírsele otro comportamiento. La no exigibilidad de otra conducta es la causa de su exculpación.

Lejos de tener eco, esta teoría, ha sido rechazada. Los argumentos que se esgrimen para objetarla, son los siguientes: a) que no siempre se da el conflicto en el sujeto que se defiende, salvo que el peligro derivado de la agresión fuese grave; b) que en las agresiones a terceros nunca se manifiesta el conflicto entre la idea de lo injusto y el instinto de conservación; en consecuencia, únicamente exculparía al sujeto que se

defiende y no a quienes participan en auxilio del atacado; c) que se aplicaría con igual éxito, incluso, frente a agresiones legítimas, pues bastaría que el conflicto se manifieste en nosotros para solicitar la aplicación de la eximente.

c) Equilibrio de males: retribución

Otra de las fundamentaciones, que no ve en la legítima defensa una conducta típica acorde al ordenamiento jurídico, es la desarrollada por AUGUST GEYER en el año de 1857; se la denomina teoría de la retribución y fundamenta la impunidad en el equilibrio de males ocasionados por la agresión ilegítima y el rechazo a ésta.

Supone, tal teoría, que los males ocasionados (con la defensa y el ataque) se corresponden proporcionalmente y que, además, la pena, de imponerse a quien se defiende, alteraría el equilibrio existente entre mal y mal. La defensa privada así, aunque injusta, sería una causa excluyente de punibilidad que deviene en tal porque el Estado no puede sancionar a quien se protege, pues la pena se constituiría en un nuevo mal.

De otro lado, es injusta la defensa, sobre todo, porque la facultad de penar únicamente es competencia del Estado, y el individuo que se defiende, al irrogarse tal función, no obra con-forme al Derecho.

Entre otros, han criticado esta tesis MAXIMILIANO VON BURI y GIULIO FIORETTI. Dice VON BURI "que la retribución se refiere al pasado", en consecuencia: se debe haber sufrido el mal del ataque para poderlo repeler y los peligros inminentes no podrían ser evitados en legítima defensa porque la retribución aquí no precede al daño que se quiere compensar. En el primer caso, si esperamos la consumación del ataque para retribuirlo con un mal, no habría defensa, sino venganza; en el segundo supuesto, no habiéndose sufrido todavía menoscabo alguno, no procede aún la defensa privada.

FIORETTI, a más de lo expuesto por VON BURI, añade dos objeciones: que no siempre habrá equivalencia entre el daño que se causa y el que se evita (en unos casos se puede amenazar con lesionar y, en defensa, se llegará incluso a matar); el agente que se defiende, tendría que presentir

(prever) el resultado que se propuso el agresor, para así repeler con paridad. La segunda objeción que opone el jurista italiano contra esta doctrina se refiere al caso en que únicamente el agresor resulte herido. Habiéndose retribuido el daño que quiso causar, no cabría del Estado pena alguna, pues la pena rompería el equilibrio existente.

2.4.2.- Fundamentaciones que la consideran lícita.

Hay, como se dijo, otro grupo de fundamentaciones que conducen a considerar a nuestro instituto como algo lícito y permitido por el Derecho.

a) Teoría del interés preponderante

En la legítima defensa, se dice, colisionan dos intereses: el del agresor (que es ilegítimo) y el de quien se defiende (que es legítimo). El primero, siendo espurio, no merece la protección que el segundo (destinado a prevalecer). No se quiere decir con ello que el interés del agresor ilegítimo desmerezca toda consideración estatal, sino que es "menos digno de protección". Se debe sacrificar el de menor valía ya que es imposible la coexistencia de ambos intereses.

Entre otros, han sostenido esta doctrina EDMUND MEZGER (1883-1962), JIMÉNEZ DE ASÚA y, en nuestro país, ALFONSO VÁSQUEZ URDAY, BRAMONT ARIAS (p) y JESÚS FERNÁNDEZ ALARCÓN. El sostenimiento de ella supone: que los bienes jurídicos en colisión merecen, ambos, protección jurídica.

No cabe duda hoy que el principio del interés preponderante es aplicable únicamente al estado de necesidad justificante, allí es obligatorio el sacrificio del bien de menor valor. En la legítima defensa, en cambio, el bien sacrificado puede ser más valioso que el salvaguardado, si esa es la única forma de repeler la agresión antijurídica.

No es cierto que haya colisión de intereses en la legítima defensa, pues aquí "lo que se enfrenta son Derecho e injusto". Siendo una pretensión ilegítima la del atacante, el Derecho hace bien en desconocerla (con lo que no se quiere dar a entender que puede el agredido ocasionar daños ilimitados al defenderse).

b) Desamparo estatal

Cuando el Estado no asiste oportunamente impidiendo la agresión ilegítima, el sujeto puede repulsarla; sin que ello signifique que obró ilegalmente. Aquí el particular suple al Estado para impedir el ataque.

Quienes fundamentan la legítima defensa en la ausencia de protección estatal, dejan sentado el principio de que previamente corresponde al poder público la tutela jurídica, y sólo cuando los órganos oficiales no pueden prestar el auxilio necesario, el agredido debe actuar. Se dice así que la defensa privada es subsidiaria de la pública. Ilustremos con un ejemplo el contenido de esta teoría: si Primus se ve acometido por Secundus, que intenta robarle por la fuerza su reloj, únicamente puede defenderse (o hacerlo un tercero en su nombre) si la fuerza pública se halla ausente al momento del acometimiento.

Ahora bien, es frecuente que el orden jurídico no pueda auxiliar al atacado; es más, de ordinario casi nunca está presente al momento de los hechos, ya que el delincuente prefiere iniciar y consumir su acto en clandestinidad. Sin embargo, a pesar de ello, el Derecho quiere se defienda el agredido.

El desamparo estatal, a pesar de todo, no es fundamento de la legítima defensa; ésta procede, aunque la fuerza pública pueda intervenir, si su intervención no es oportuna o eficaz, o si causase un daño mayor del que ocasionaría el agredido al defenderse.

b.1) ¿Es subsidiaria la defensa privada?

Se afirma de la legítima defensa que tiene un carácter subsidiario; es decir, que suple a la fuerza pública cuando ella no se encuentra presente al momento del ataque. Tal argumento es aparentemente correcto.

Los defensores de la subsidiariedad parten de una consideración: "Es monopolio estatal la prevención de los delitos y consecuentemente la tutela de los bienes jurídicos"; con lo que se plantea una nueva cuestión: ¿delega el Estado al particular la facultad de tutelar los bienes jurídicos en situaciones de legítima defensa? ¿Qué clase de facultades son éstas?

Afirmar que la legítima defensa es subsidiaria lleva a situaciones inaceptables. Así, no podrá defenderse el atacado si junto a él estuviesen los representantes de los órganos especializados en prevenir la agresión. En una situación como esta puede suceder:

- I. Que, estando presentes los funcionarios de policía, se rehúsen auxiliar.
- II. Que, no rehusándose al auxilio, su intervención sea in-eficaz.
- III. Que, siendo eficaz, se cause un daño mayor que el que pudiera ocasionar el agredido al defenderse.

Debemos negar en principio que la legítima defensa sea subsidiaria. En los supuestos anteriores cabe la defensa del atacado aunque la fuerza pública se encuentre presente.

Puede ocurrir, según el primer supuesto, que el agente de policía se niegue a intervenir por tener la creencia equivocada de no poder por sí solo evitar la agresión o por no querer impedirla (en venganza, por enemistad con el atacado, desidia, etc.).

Sucedará en otros casos que la intervención de la fuerza pública sea "insuficiente" o ineficaz. Imaginemos, por ejemplo, a Primus siendo agredido por Secundus, quien lo acomete sin percatarse de la presencia policial a pocos metros de distancia. Supongamos, en tal caso, que el atacado es un consumado boxeador, y que el policía, valetudinario y temeroso, no pueda por sí solo auxiliar al atacado. En tan hipotético trance, y de seguir a pie juntillas la teoría de la subsidiariedad, Primus no podría defenderse porque el agente especializado (policía) está frente a él al momento de los hechos. No obstante, eso no es lo que quiere el Derecho, pues desea más bien se defienda el particular aunque esté presente la fuerza pública, si ella es ineficaz para evitar la agresión. Dicho en otros términos, la ineficacia de la fuerza pública es equiparable a la ausencia de protección estatal: da lo mismo hallarse ausente al momento del ataque que, estando presente, ser incapaz de impedir el acometimiento. En ambos casos, es permitida la defensa.

Se dan situaciones en que, a diferencia de las anteriores, el agredido se encuentra junto a la autoridad policial, teniendo ambos capacidad de defensa; ¿a quién corresponde la repulsa? Es preciso considerar lo siguiente: Si el agredido al repeler el ataque puede ocasionar un daño menor o ninguno, a él, y sólo a él, compete preeminentemente la defensa. Así, cuando en esas circunstancias el atacado pueda con sólo hipnotizar frustrar el ataque, ya no es necesaria la intervención de la fuerza pública. El modo en que se defiende el particular, en este caso, es a través del hipnotismo; modo que puede extenderse a un simple mirar fijamente o al grito que disuada el ataque. Con ello, queda claro que el medio adecuado para la defensa es el que ocasiona el menor daño.

Si el daño ocasionado por quien se defiende no es menor sino igual al que ocasionaría el agente de policía, cabe justa defensa privada si el atacado, consciente de esa equivalencia, duda respecto a la oportunidad con que puede actuar la autoridad. No puede el agredido correr el riesgo de esperar la intervención de la fuerza pública que por un lado es cualificada, pero que, por alguna eventualidad, es posible sea tardía o haga sospechar fundadamente en el atacado esa tardanza (como cuando en ese instante se manifiesta un calambre en el brazo del policía, impidiéndole, aunque por unos segundos, desenfundar la pistola para defender a un tercero; anomalía que es percibida por el atacado).

En suma, en presencia de la autoridad, puede perfectamente defenderse el atacado. Otra es la posición que recientemente ha sostenido BENJAMÍN MIGUEL HARB. Dice el profesor boliviano que "si el agresor trata de forzar la puerta de una casa para victimar al morador y éste tiene tiempo para llamar a la policía, pero no lo hace y actúa, esto hace desaparecer lo inevitable" y, en consecuencia, el derecho a la legítima defensa.

Nuestra doctrina ha hecho una interpretación similar. ANGEL GUSTAVO CORNEJO, SANTIAGO BENITES SÁNCHEZ, LUIS BRAMONT ARIAS (p), ALBERTO V. SOMMARUGA, VIDAURRE y RAÚL PEÑA CABRERA tomaron partido por la subsidiariedad de la defensa privada. Cree éste último que en "ciertos casos los individuos al verse amenazados y no poder contar con el auxilio inmediato de la autoridad pública, se acogen

inevitablemente al derecho propio de defenderse"; ese "no poder contar con el auxilio" del Estado, cuando antes (renglones más arriba) se da preeminencia a la autoridad pública en la defensa de los bienes jurídicos, es prueba incontrovertible de su posición.

BENITES SÁNCHEZ, después de afirmar que el estado de necesidad es "subsidiario", "contrariamente a lo que ocurre con la legítima defensa", y transcribiendo a MANZINI, sin refutarlo, había de la "delegación hipotética" "que el Estado hace al particular" "cuando reconoce no poder prestar eficazmente a él u otros su protección oportuna".

BRAMONT ARIAS (p), cuando analiza la reacción defensiva, indica que además de necesaria, ésta debe ser inevitabilé², lo que significa que si se podían utilizar otros medios para evitar el ataque (como por ejemplo huir, pedir auxilio, etc.), la defensa no estará justificada.

c) Sentimiento de la propia conservación

Hay quienes piensan que la legítima defensa tiene su fundamento en el instinto de conservación , de donde deducimos que, para tales autores, la defensa privada es ingénita; es decir, que tiene su origen en el derecho natural: "...non scripta sed nata lex, quum ex natura ipsa arripuimus", dice MARCO TULLIUS CICERÓN (106-43 a de J. C), en su Defensa a ANIO MILÓN.

Conforme a esta teoría, quien se defiende lo hace por una necesidad que le impone su propio ser a través del instinto. Según tal punto de vista, se justifica la defensa si el ataque va dirigido contra el titular del derecho; pero, ¿cómo justificarla si se dirige a un tercero? Es más, el instinto de conservación, como fundamento de la defensa, tendría aplicación únicamente en las agresiones contra la vida o la salud, pero no en las agresiones a otros derechos como la propiedad, la libertad, el honor, la inviolabilidad del domicilio, etc.

El descubrimiento de bienes jurídicos de los que hasta hoy apenas podíamos sospechar (bienes que por ejemplo emergerán de la creación de seres transgénicos y de los derechos "humanos" que a su vez éstos

tendrán), prueba el carácter no natural (sino, más bien facticio) de la eximente.

d) Necesidad de salvaguardar los bienes jurídicos

La norma jurídica contenida en el art. 20, inc. 3, del CP, permite la violación de los "intereses" ilegítimos del agresor, ello, en principio, con la finalidad de asegurar la existencia de la persona o derechos del atacado. Los bienes a los que se extiende la defensa pueden ser cualesquiera, siempre que teniendo la calidad de jurídicos, sean además, personales.

e) El Derecho impide el prevalecimiento de lo injusto

La fundamentación precedente atiende, en puridad, al aspecto individual. Le importa únicamente la necesidad que tiene el sujeto de defenderse.

Otros buscan el fundamento en razones de orden social, haciendo recaer la importancia de la defensa en el derecho objetivo. Así encuentran el fundamento en la reafirmación del Derecho a través de la defensa, reafirmación que tiene que llevarse a cabo por cuanto no puede permitirse el prevalecimiento de lo injusto. Si el Derecho no se inclinase en favor de la defensa, permitiéndola, se negaría a sí mismo.

Cuando el agresor ilegítimo intenta matar, además de poner en riesgo la vida del atacado (su bien jurídico), peligra el ordenamiento legal que prohíbe ese comportamiento. Si prohibiéndolo, el Derecho, no lo evita (por medio de la defensa), estaría sentando las bases para su propia destrucción.

CAPITULO III

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

3.1.- Regulación de la legítima defensa en el Código Penal.

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

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

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

(...)

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

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la

intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.

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

Si se ha sostenido que la legítima defensa es una causa de justificación, entonces –como pone de manifiesto Revilla Llaza- la exención de la responsabilidad penal” a que hace referencia este precepto penal, debe entenderse como la exclusión de la antijuricidad de la conducta de quien obra amparado en ella.

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

3.2.- Elementos objetivos de la legítima defensa.

a.- Agresión ilegítima

- Agresión

La agresión consiste en un comportamiento humano que pone en peligro o lesiona un legítimo interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico (bien jurídico del autor de la legítima defensa o de un tercero)⁵. O, lo que viene a ser lo mismo, todo aquel comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena. Y, en particular, para los intereses legítimos adscritos a una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo⁶.

Del concepto esbozado se desprende que no califica como agresión el ataque de animales, por lo que ante una situación de esta naturaleza no se le puede hacer frente mediante la legítima defensa, sino conforme a un estado de necesidad. Sin embargo, la situación es distinta cuando un hombre se sirve de

⁵ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 458. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 461. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 6. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho penal. Parte general, cit. p. 360, num. 696. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 215. FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 283. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. —Las agresiones extrapenales en la legítima defensa//. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 2, Lima, 2001, p. 650. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 537, num. 1200. CASTILLO ALVA, José Luis. Derecho penal. Parte especial I, Lima: Grijley, 2008, p. 180. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general, cit., p. 480. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 525, num. 1367. ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., pp. 51-52.

⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 674.

un animal para una agresión, azuzando v. gr. a un perro contra otra persona; en tal caso el perro es sólo el instrumento del hombre agresor, y matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos⁷. En este supuesto no es que se considere agresión los movimientos del animal, sino que, al ser un medio del que se vale el agresor, puede ser lesionado, si no hay otra manera de evitar el ataque a un bien jurídico importante⁸, y es que la acción de defensa puede recaer sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve.

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

La doctrina penal, que podríamos llamar dominante, le niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos⁹, sin embargo -como explica García Caverio¹⁰, un sector de la doctrina asume que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los actos de defensa pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario.

Por otro lado la agresión debe entenderse no solo como una conducta que implique violencia o fuerza, sino cualquier comportamiento que amenace afectar

⁷ ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611.

⁸ En este sentido ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., p. 52.

⁹ Así, véase por todos, ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611: —*Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas, porque las mismas no pueden actuar en el sentido del derecho penal y no sonasequibles a la eficacia preventivo general y del prevalecimiento del Derecho. Por tanto no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero en cambio, por supuesto que sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (p.ej. funcionarios o policías), cuando actúen antijurídicamente.*

¹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 626. BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*, Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 106 y ss. admite la legítima defensa entre personas jurídicas: —*La agresión parte — como se estudia en todos los manuales— de un ser humano, pero bien puede suceder que la actividad de ataque sea decidida por una persona jurídica, verbigracia, un acto de contaminación realizado en una zona marítima que se encuentra al cuidado de otra empresa, encargada de la depuración de las aguas; la calidad de persona jurídica del agresor no modifica el diseño pues, como se ha visto, la acción institucional funciona de modo equivalente a la acción humana; si aceptamos la equiparación, el primer requisito de la defensa necesaria, a no dudarlo, está presente; claro que estos ejemplos son excepcionales y que pueden resolverse a través del estado de necesidad —al igual que en los casos en que el ataque se origina en un animal o un hecho de la naturaleza— si mantenemos en forma estricta la exigencia de que el ataque provenga de un ser humano. Pero aceptada la entidad cualitativamente diferente de la acción institucional, no vemos obstáculo alguno en que la persona jurídica puede ser agresora*”.

un interés jurídicamente protegido. El término agresión se debe entender no en sentido natural, sino normativo social. De modo que con este criterio quedan incluidos dentro de agresión tanto la comisión como la omisión, y dentro de esta tanto la propia como la impropia¹¹, de modo que debe catalogarse también como agresión a los efectos de la legítima defensa la conducta del garante que no interrumpe el curso de riesgo que está emplazado a controlar. Por ejemplo si una madre no da de comer a su hijo por un tiempo prolongado obrará en legítima defensa quien la obligue a alimentarlo mediante violencia o grave amenaza. Asimismo, si se contrata a un guía de montaña, y éste trata de irse del lugar, dejando librados a los alpinistas a su suerte, con serio peligro para sus vidas, éstos podrán actuar para evitar el alejamiento, con lo cual, como mínimo, la conducta de quienes se defienden será de privación de libertad.

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

¹¹ Cfr. JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 467. DONNA, Edgardo. *Ob. cit.*, p. 145. SILVESTRONI, Mariano. *Ob. cit.*, p. 297. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 360, num. 696. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 7. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Ob. cit.*, p. 123-124. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 367. CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. cit.*, p. 182. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 538, num. 1203. PÉREZ LÓPEZ, Jorge/SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. —*Presupuestos de la legítima defensa en el Código penal peruano*// En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 14, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 48. En contra GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. cit.*, p. 130, quien no acepta que una omisión pueda dar lugar a una legítima defensa.

violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación del bien.

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

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

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

- Ilegitimidad de la agresión

La ilegitimidad de la agresión, entendida como antijurídica o ilícita¹² se determina por cualquier sector del ordenamiento jurídico, v. gr. civil, administrativo, laboral, etc. El comportamiento agresivo por más peligroso o

¹² Cfr. HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, pp. 527, num. 1371. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. *Ob. cit.*, p. 658. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 368. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Ob. cit.*, pp. 10-11. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Ob. cit.*, p. 620.

lesivo que resulte para los bienes jurídicos, no fundamenta la legítima defensa si es que no es antijurídico. Por lo que no procederá actuar en legítima defensa frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación, en tal sentido no habrá legítima defensa contra legítima defensa (el ladrón que es repelido por el dueño para evitar que huya con las cosas que sustrae, no puede invocar legítima defensa cuando a su vez repele a aquél) estado de necesidad justificante, etc.; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse.

Lo dicho conlleva la imposibilidad de que se configure la legítima defensa en los casos de riña recíproca¹³, toda vez que los participantes consienten los posibles daños a su salud y se atacan mutuamente y desproporcionadamente; de modo que no hay legítima defensa en el caso del que está llevando la peor parte y toma un cuchillo y mata al contendor más fuerte o más hábil. La regla reseñada tiene sus excepciones: si uno de los alborotadores manifiesta en forma reconocible su voluntad de concluir la lucha, y es atacado por el otro, la persona interviene para separar, asimismo, puede invocar esta causal quien se ve sometido a una riña imprevista, esto es, no buscada por él, inesperada o fortuita¹⁴.

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

La agresión debe infringir normas jurídicas generales y no meros actos jurídicos de naturaleza privada⁷⁸, en tal sentido no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el

¹³ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 463. ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 615. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 433.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 615. HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, pp. 527-528, num. 1372.

ordenamiento jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor que no paga, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y aleando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso. Ambos deber recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos.

En la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana antijurídica. No se requiere que dicha conducta se subsuma dentro de un tipo penal, en tanto la legítima defensa actúa contra cualquier interés jurídicamente protegido. Al respecto Villavicencio Terreros asevera que: "Esta es una solución político-criminal preferible, pues, por ejemplo: sería insatisfactorio negarla frente a un hurto, aunque solo constituya falta o, frente a quien desea perjudicar a otro agrediendo derechos reconocidos por la ley civil o la ley laboral. Es cierto que en estas agresiones menos graves o de —bagatela, los límites de la legítima defensa deben ser más estrictos de manera que, por ejemplo, agresiones de la vida social consideradas socialmente tolerables o que constituyan riesgos permitidos quedan excluidas de la legítima defensa¹⁵".

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

Este parecer es compartido por Roxin⁸⁴, cuando manifiesta que: "En efecto, es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor que de lo contrario; y, por eso una defensa en tales casos, (...) no está requerida en la misma medida que en los otros y ha de procurar tener mayores consideraciones.

¹⁵ HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p.528, num. 1373.

Pero el prevalecimiento del Derecho no se queda sin objeto: la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad; y debe dejar claro quién está del lado del Derecho y quién en el del injusto. Si una persona es agredida por unos adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivo generales reconocer su defensa como legítima defensa; el agredido no puede saber si posteriormente en el proceso penal se les reconocerá o no a los jóvenes la madurez moral y espiritual precisa para su responsabilidad, y por tanto eso a ser indiferente para su derecho de legítima defensa”.

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

- La actualidad de la agresión

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

Al estimarse suficiente la inminencia de la agresión, esto es, que haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustre las posibilidades de una defensa, no es necesario que haya tentativa. Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse, existe una agresión inminente desde que se está ante los actos preparatorios próximos a la tentativa o los actos que se encuentren vinculados directamente con ella, pero que no es propiamente una tentativa. En este sentido Hurtado Pozo refiere que: “La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es

indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio”.

En tal perspectiva procede la legítima defensa contra el agresor que coge el arma para disparar inmediatamente, o bien es posible interrumpirla, o acaba de tener lugar de un modo reversible (cuando el ladrón trata de huir con el botín). Así pues, el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe, ni renunciar a arrebatarse el botín del agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien. Cuando continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico, todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial¹⁶.

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

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

Bajo este razonamiento la acción de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Defiende pues legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes,

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, pp. 468-469.

si lo halla causalmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger derechos y bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando a pesar de haber afectado ya bienes jurídicos, una acción contraria puede aún neutralizar en todo o en parte los efectos de la conducta lesiva.

Por otro lado la mera intención de atacar o agredir expresada verbalmente, pero que no lleva a realizar actos próximos que configuren una inminente agresión, no da lugar una legítima defensa.

Lo mismo ocurre cuando sólo se planea, se prepara la agresión o cuando no se ha puesto en práctica ni se ha manifestado la voluntad de lesionar. Así resultaría prematura, por falta de actualidad de la agresión, la defensa del sujeto que, tras acudir al domicilio del sujeto que le había anunciado que al día siguiente le pegaría una paliza, lo mata a este de un disparo.

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

- Realidad de la agresión

Es necesario mencionar que debe tratarse de una agresión que tenga existencia en el mundo objetivo, porque se dan casos en que el ataque al Derecho no se presente realmente, pero el sujeto actúa en la creencia errónea de que si existe dicha agresión, con lo que se podrá hablar de una agresión aparente, que llevará a la consideración de que en tal caso se produce una defensa putativa.

Ahora bien, en estos casos al faltar la agresión, que es el presupuesto que da cabida a los demás requisitos de la legítima defensa (necesidad e ilegitimidad de la agresión) no pueden ser tratados conforme al artículo 21 del Código penal

(es decir como si fuera una legítima defensa incompleta) sino que se resolverá conforme a la teoría del error en el Derecho penal.

Entonces la pregunta a formularse será ¿Se tratará de un error de tipo o de un error de prohibición? La respuesta no es sencilla, pues la doctrina se halla totalmente dividida al respecto. Sin embargo, por nuestra parte, creemos se debe tratarse conforme al error de tipo. Expliquemos esto: aquí se produce un error, al igual que en el error de tipo, sobre los hechos (el autor percibe una agresión que en realidad es inexistente). El autor no yerra primariamente en cuanto a la prohibición, sino no ve la realidad correctamente. Se puede hablar de un "error de tipo permisivo" porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de "tipo delictivo", sí lo hace en cuanto al "tipo" de una proposición permisiva – en este caso de la legítima defensa. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo. En ambos casos, el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyentes del dolo¹⁷.

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

- Bienes jurídicos defendibles

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles es unánime el parecer doctrinal de aceptar que la legítima defensa opera contra ataques a bienes jurídicos individuales. El punto de discusión se centra actualmente en admitir o no la

¹⁷ Véase ampliamente ROXIN, Claus. —*Acerca del error en el Derecho penal*//, en: ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*, Trad. de Manuel Abanto Vásquez, Lima: Ara Editores, 2004, pp. 142 y ss.

legitimidad de la defensa contra ataques a bienes jurídicos colectivos. Al respecto es mayoritaria las voces que no admiten una legítima defensa en estos casos; sin embargo, en nuestra opinión, no existen razón de fondo para negar la legítima defensa en estos supuestos pues en el caso de agresiones a bienes colectivos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas por la agresión pueda oponer una legítima defensa que impida la prosecución del delito¹⁸. Por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa para evitar o repeler la comisión del delito de cárteles de licitación del artículo 241 del Código Penal cuando se intente alejar de la licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenaza, o en el caso que se ejerza la defensa del correcto funcionamiento de la administración pública cuando se intenta alejar mediante violencia o amenaza a un funcionario público del ejercicio de sus labores públicas.

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

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

¹⁸ Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 481. También BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Ob. cit.*, pp. 280-281, quien propone el siguiente ejemplo: “Podría darse una situación en la cual “A// esté vertiendo residuos tóxicos en un río contaminando así la flora y la fauna, al ver esto —B// decide intervenir, por lo que le da un golpe dejándolo inconsciente e impidiendo que siga contaminando. Al despertar —A// denuncia a —B// por lesiones graves, ¿Podría alegar “B// que actuó en legítima defensa?. Si examinamos el Código Penal, éste establece como presupuesto para la legítima defensa la actuación a favor de uno mismo y de terceros, en este caso se defiende tanto a él como a terceros porque el bien jurídico medioambiente pertenece a todos. Entre los requisitos objetivos se requiere: una agresión ilegítima, la cual viene constituida por el actuar contaminante de “A” ;necesidad racional del medio empleado para impedirla, si “A” no se detuvo frente a la interpelación de “B”, el darle un golpe para impedir que siga contaminando el medio ambiente pude ser calificado como racional; falta de provocación, obviamente en el caso no existe provocación porque “B” en ningún momento insto a “A” a que lo agreda a él o al medio ambiente//.

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

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

b.- Necesidad y racionalidad de la defensa

El segundo elemento objetivo de la legítima defensa se haya recogido en el párrafo b), del inc. 3 del art. 20º de nuestro Código penal, en los siguientes términos: —Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. (...) (a la agresión ilegítima se entiende). Redacción que -a decir de Hurtado Pozo- resulta “defectuosa” pues puede hacer pensar que esté sólo relacionado con el medio empleado, cuando en realidad se refiere a la defensa contra la agresión ilícita, es decir a toda forma de comportamiento al que incurre quien se defiende y no solo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor “El vocablo “medio” – sostiene correctamente Hurtado Pozo- debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (en este caso, la protección del bien jurídico). Se puede afirmar, pues, que el

medio constituye, según el texto legal, el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa”.

Esta conducta defensiva puede ser una defensa pasiva o de protección pura, v. gr., parar un golpe con fractura de la mano al agresor; o puede tratarse de una defensa ofensiva o de contraataque, v. gr. se dispara contra quien acomete agresivamente. Ambas formas de defensa pueden coincidir en el caso concreto, por ejemplo: cuando el agresor se arroja sobre la víctima, ésta le presenta un cuchillo, legítima defensa de protección, en tanto que se trata de una defensa mediante la amenaza de herir; defensa ofensiva, en tanto que se pretende actuar repeliendo la lesión actual¹⁹.

c.- Necesidad de la defensa

Necesaria es la defensa idónea y no excesiva para evitar o neutralizar la agresión; es decir de las varias clases de defensa elegibles, debe optarse por aquella eficaz para acabar con el peligro y que cause el menor daño al agresor²⁰ y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Por lo tanto la conducta concreta desplegada no podrá considerarse necesaria cuando el agredido, o quien defiende a este, podía disponer de otra conducta menos lesiva, y le era exigible la realización esa conducta (por no representar un riesgo para él –ni para el agredido cuando se trate de un tercero defensor) en lugar de la conducta típica en cuestión.

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

¹⁹ JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 472.

²⁰ Cfr. ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, pp. 628-629. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán, cit.*, p. 125. JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 472, quien se refiere a la pérdida mínima para el agresor. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general, cit.* p. 369-, nums. 715-716. HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, pp. 534-535, num. 1390. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. *Ob. cit.*, p. 682.

tampoco se puede hablar de legítima defensa, pues la conducta efectivamente realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión, en la medida que podía optarse por otra medida igualmente eficaz para conjurar el peligro pero menos lesiva para el agresor.

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

Si bien en la defensa con armas de fuego la regla es que debe realizarse una advertencia al agresor acerca de la posibilidad de uso del arma —la que puede ser verbal, concluyente, v. gr. se le muestra el arma— no siempre es necesario que se efectúe disparos de advertencia o que se alcance las extremidades del agresor para inmovilizarlo, antes de disparar a una zona vital, si es que con ello no se neutraliza de manera segura la agresión²¹.

La necesidad de la defensa debe ser valorada desde una perspectiva objetiva ex ante²², tal como hubiera ponderado las circunstancias un espectador

²¹ Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. cit.*, p. 201.

²² Cfr. ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 631. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán, cit.*, p. 125. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general, cit.*, p. 436. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 370. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Ob. cit.*, p. 320. BUSTOS RAMIREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Ob. cit.*, p. 129. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de*

objetivo colocado en la situación del agredido. —Debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía el agredido, así como su estado de ánimo”. No es de recibo partir de una consideración subjetiva del agente, ni de la posición fría, absolutamente reflexiva y analítica de una persona, pues en una situación de agresión ilegítima, la persona normalmente actúa con agitación de ánimo y turbado emocionalmente.

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

“Esta interpretación del elemento de la necesidad- afirma Roxin²³. Conduce al resultado político-criminalmente deseable de que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor y por tanto no cambian para nada la necesidad”.

Por otro lado, dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, la necesidad de defensa no se ve diluida si es que el agredido puede huir o esquivar el ataque, siendo indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una —huida deshonrosa|| o como un ceder inteligente. Por ello, quien pese a poder escapar enfrenta a sus agresores, obra amparado por la legítima defensa. Como señala Roxin: —Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio;

Derecho Penal. Parte general, T. III, cit., p. 614. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 616. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 535, num. 1392. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682.

²³ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general II-Teoría jurídica del delito*, 6ª edic., Madrid: Tecnos, 2004, p. 234.

y eso sería incompatible con el principio del prevalecimiento del Derecho y del orden legal pacífico". El aceptar la fuga sería tolerar una segunda agresión antijurídica que afecta esta vez a la libertad de movimiento y la dignidad de la persona, lo cual implica un socavamiento de la autoridad del derecho.

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

d.- Racionalidad de la defensa necesaria.

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

El que fusila al que hurta una cartera con una pequeña suma de dinero no se defiende legítimamente, porque la defensa es tan insólitamente desproporcionada que genera un conflicto de mayor magnitud, que excluye su legitimidad aunque el medio fuese el único disponible. La necesidad racional no predica sobre medios defensivos en concreto sino que se atiene a que la magnitud de la respuesta en relación con la lesión que trata de evitarse no sea jurídicamente disparatada. La simple razón jurídica es que no constituye ejercicio de un derecho la acción que lesiona los derechos de otro. Este fundamento del requisito de racionalidad excluye la posibilidad de considerar a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa: el paralítico que mata al niño no abusa del derecho ni se excede en el

ejercicio del derecho de legítima defensa sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho, por falta de un requisito esencial de este²⁴.

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

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

La necesidad racional del medio empleado y la necesidad de la defensa han de surgir en concreto, en cada caso particular, y no en abstracto, por lo que debe analizarse una serie de circunstancias como la fuerza y la peligrosidad del agresor, sus características, la intensidad, forma y medios de ataque (v. gr., si el

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Ob. cit.*, p. 613. La jurisprudencia nacional acoge este criterio, así la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, sostiene: —No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarlos es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño// Véase la Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1999, Exp. 1985-99-Lima, en: ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTE VARGAS, Alberto. *Código penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima: Idemsa, 2001, p. 94.

ataque es o no inesperado), los medios de defensa, el tiempo y el lugar del mismo como la condición personal del beneficiado de la legítima defensa. Todo lo cual debe ser valorado desde una perspectiva ex ante, como ya se ha dicho.

e.- Falta de provocación suficiente

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

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

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

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

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

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

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

Asimismo se debe analizar el nivel y la intensidad de la provocación con el modo y magnitud del comportamiento agresivo. La provocación no incide solo en producir la agresión, sino que se refiere a la necesidad de determinar la entidad y contenido de esta respecto a aquella, v. gr. una lisura no puede desencadenar un ataque con un cuchillo o arma de fuego.

En tal sentido, no constituye provocación el comportamiento puramente descortés (v. gr. negativa a proporcionar una información que se facilitaría en un

momento, no retirar la silla a una dama para que se siente) o inmoral (v. gr. la infidelidad entre novios), el asumir comportamientos extraños, etc.

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

En los casos de provocación imprudente, en tanto la persona no tuvo la intención de aprovecharse de la supuesta agresión de la que es víctima para lesionar los bienes jurídicos del agresor, no necesariamente desaparece por completo la necesidad de legítima defensa. Sin embargo, se plantean restricciones normativas que se vinculan con la necesaria responsabilidad por sus hechos imprudentes que obliga a mantener cierta tolerancia –dentro de los límites de la proporcionalidad- frente a las agresiones de terceros que uno genera y provoca. En estos casos se recomienda eludir la agresión, apaciguar la situación, más que enfrentarla, buscar ayuda de terceros, solo realizar una defensa pasiva (no ofensiva) o tolerar daños y lesiones de poca entidad. El fundamento se encuentra, siguiendo a Jakobs²⁵, en la aplicación del criterio de la injerencia por el cual quien ha creado un peligro o un conflicto tiene que soportarlo o, por lo menos compartirlo, pues no se puede asignar enteramente a una persona.

3.3.- Elemento subjetivo de la legítima defensa.

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

²⁵ Véase JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 485.

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

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

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

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

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

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

Se configura una tentativa imposible ya que la situación en la que se encontraba la "víctima" al atacar a su "agresor" nunca va a llegar a consumarse, ya que por más que falta la representación de la situación de peligro, dicha agresión fue realizada en una situación en la que objetivamente se estaba protegiendo un bien jurídico al amparo de los elementos una causa de justificación. Esto es, existe una imposibilidad de la finalidad de la acción

(ausencia de desvalor de resultado), ya que la situación en la que objetivamente se produjo el ataque por parte de la víctima a su agresor, es permitida por el ordenamiento jurídico debido a que en el plano objetivo, la acción desplegada se recubrió de una legítima defensa.

3.4.- Restricciones a la legítima defensa.

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

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

En la misma línea Bacigalupo Zapater afirma que: “Asimismo se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etcétera). Ello sólo significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro. Por ejemplo: el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que ésta lo abofetee”²⁶.

²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 371, num. 720. En la doctrina nacional parece adherirse a este planteamiento: GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 482, al sostener que: “Es importante tener en cuenta que la racionalidad del medio de defensa puede sufrir ciertas restricciones en el caso de vinculaciones institucionales. En este orden de ideas, la agresión proveniente de una esposa, por ejemplo, podría imponer al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima”.

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

Bajo esta orientación a la pregunta de si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales, la respuesta debe ser en sentido negativo, ninguna sociedad que se conciba como liberal puede aceptarlo, por lo que no es acertado hablar de límites al Derecho de legítima defensa con base en una relación especial²⁷. Cuando hay agresiones entre los parientes cercanos o entre quienes comparten una estrecha relación dichas acciones de acometimiento hacen cesar automáticamente los deberes de protección y de solidaridad, en otras palabras la agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante, por lo que no cabe una restricción a la legítima defensa²⁸, lo contrario significaría, por ejemplo, reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el Derecho penal.

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

²⁷ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?* En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1/2008, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 14,

²⁸ HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p. 539, num. 1402. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Ob. cit.*, p. 15.

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

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

CAPITULO IV

LA FUNCIÓN POLICIAL CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

4.1.- Definición

La función policial comprende actividades administrativas, sistemáticas y concretas que tiene por finalidad satisfacer las necesidades de seguridad individual y de orden público, mediante el recurso del poder, de la autoridad contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar, dentro del contexto social que es el medio indispensable para su ejercicio. Y que parte de esta función es la investigación policial dedicada a la investigación criminal, investigación de TID, terrorismo, delincuencia común, corrupción organizada, delitos especiales y la delincuencia organizada, violencia familiar, infracción a la ley penal cometidos por niños y adolescentes, y apoyo al Ministerio Público.²⁹

4.2.- La investigación policial

Proceso metodológico, continuo, organizado, especializado, preciso de análisis y síntesis que el investigador policial desarrolla para el esclarecimiento de la perpetración de un delito, estableciendo verdades demostrables, utilizando métodos y procedimientos científicos, constituyéndose en una institución legal de íntimo auxilio para el esclarecimientos de los hechos delictivos.³⁰

4.2.1.- Características

- Es un proceso continuo y concatenado de actividades.
- Es organizado, sus pasos son ordenados y lógicos.
- Es especializado, ya que es un trabajo metodológico de rigor técnico-científico.
- Es previsorio, requiere planeamiento.
- Es una actividad analítica-sintética.

²⁹ VILLANUEVA GARAY, José (2001). Ciencia Policial: Parte de las ciencias sociales. Edit. Copiapó. Perú.

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. (2000). El Derecho Usual. IPSAC. Buenos Aires, Argentina

- Es explicativo causal, permite determinar el quien, donde, cuando, como, por qué y para qué.
- Es metódica, requiere una metodología.
- Es legal, lo conduce un funcionario policial, dentro de la normatividad.

4.2.2.- Carácter científico de la investigación policial

a. Concepto

El carácter científico de la investigación policial se basa en la aplicación de métodos racionales y de los conocimientos científicos. Es decir, es una ciencia multidisciplinaria, pero que dispone de métodos y criterios propios, procedimientos y una doctrina específica.

b. Disciplinas científicas que soportan la investigación policial

La investigación policial, sustenta sus análisis y síntesis, utiliza la Antropología, la Biología, la Química, la Física, La psicología, la Medicina Legal, la Sociología, etc.

4.4. Policía de investigación

La Policía de Investigación, es aquella que realiza labores de investigación criminal, entendida esta como la actividad técnica y científica que los órganos del Estado con funciones de Policía Judicial realizan con el fin de recolectar la evidencia física y los elementos materiales probatorios que permitan conocer y comprender un hecho delictivo. O también, como la fase del proceso penal en la que se liga a una persona, a partir de una actividad investigativa y los hallazgos que de ella se deriven, en un proceso judicial³¹.

Es la Policía que lleva a cabo un proceso metodológico, continuo, organizado, especializado, que precisa de análisis y síntesis respecto a diversos aspectos para explicar la perpetración del hecho punible.³²

³¹ CASTRO SALDAÑA, Jesús Alberto (2004). La Investigación Criminal y el esclarecimiento de un hecho punible. Edit. Dirección de Investigación Criminal. Colombia.

³² COGLIOLO, Víctor (2008). La Investigación Policial. EDICOSA. Paraguay.

4.5.- El Rol de la Policía

El rol de la policía en las diligencias preliminares resulta fundamental, pues será su personal el que de modo natural desarrollará tales actividades y sólo, excepcionalmente, podrá efectuar un acompañamiento director el mismo fiscal, lo que bien podría suceder si la denuncia le llegara primero y aquél requiriera, por alguna razón, verificar personalmente la realidad del ilícito.

Lo natural, decimos, es que la policía tome y tiene la capacidad de iniciativa en realizar las diligencias preliminares conforme el mandato constitucional del artículo 166º, que le encarga garantizar, mantener y restablecer el orden interno así como brindar protección y ayuda a los ciudadanos, y prevenir y combatir la delincuencia, ofreciendo seguridad al patrimonio público y privado.

Todo el género de las funciones encomendadas, ciertamente obliga a una labor policial muy próxima a los ciudadanos, tal como generalmente se realiza; actividades de prevención, patrullaje permanente y presencia constante muy difundida que posibilita a que la policía actúe durante la flagrancia delictiva o sea la primera institución que recibe las denuncias, debiendo actuar de inmediato persecutoriamente.

El legislador ha sido consciente de ello y, por eso, mismo encomienda acciones a la policía, respecto el descubrimiento del delito, que no son tareas del Ministerio Público. Así, en el artículo 67º, inciso 1º, se indica que la policía “debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos...” y “... realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles”. En el mismo sentido y para razonables efectos de averiguación, es que se faculta a la policía “sin necesidad de orden del fiscal o del juez” a requerir la identificación de cualquier persona (artículo 205º, inciso 1º). Por la misma razón, de modo apremiante, podrá efectuar registros de la vestimenta, equipaje o vehículos (art. 205º, inciso 3º). Diversas actuaciones, también para la identificación y averiguación de antecedentes (art. 205º, inciso 4º). De igual modo, dando cuenta al fiscal, efectuará diversos controles (artículo 206º) o podrá efectuar pesquisas (artículo 208º) así como retenciones (artículo 209º) y registro de personas (artículo 210º).

Puede entenderse de modo evidente que luego de las actuaciones referidas, muy posiblemente podría ocurrir el descubrimiento de vestigios del ilícito y/o vínculos de autoría, por lo cual deberán inmediatamente, por cuenta de la policía, efectuarse diversas diligencias preliminares o de las consideradas atribuciones de la policía (artículo 68º) *que erradamente o desacertadamente se indica podrá realizar “bajo la conducción del fiscal”, situación que literalmente limita el accionar policial, como ocurrió en los primeros meses de la entrada en vigencia el NCPP que los fiscales se creyeron dueños y amos de la investigación en su totalidad y al cabo de poco tiempo gran parte de las denuncias que habían “almacenado” en los dos primeros meses tuvieron que devolverlas o remitirlas a la a la policía para la actuación de diligencias preliminares cuando ya habían pasado varios días (más de 20) superando el plazo que señala la norma para realizarla, lo que sin temor a equivocarnos varias por no decir más del 60% de las mismas no se han formalizado por FALTA DE PRUEBAS.*

Lo cierto es que la normatividad y las masivas demandas sociales deberían adecuarse a la naturaleza de las cosas y lo que siempre será neta actuación policial no debería sufrir cortapisas o escamoteos. Otra cosa es generar controles, supervigilancia paralela a las actuaciones, reglamentos que registren diversas exigencias etc. para ofrecer limitaciones, y garantías, en pro de los ciudadanos.

De otro modo, se producirán normas irrazonables, impropias para conseguir los objetivos de eficiencia y eficacia que se persiguen, que resultarán contraproducentes por enfrentar, indebidamente, el funcionamiento de las instituciones con las posibilidades reales de actuación y que obligarán a que se incumplan o se genere indeseable impunidad.

4.6.- EL INFORME POLICIAL

Apenas efectuadas las diligencias preliminares, la policía esta obligada a presentar una comunicación que debe efectuarse por la vía más rápida; pero, que formalmente debe efectuarse también por escrito (artículo 331º, inciso 1).

La norma indica además que “la policía, en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un informe policial” (artículo 332º, inciso 1). Se

entiende entonces que, la policía, siempre que las circunstancias y las normas lo ameriten, deberá remitir un informe, que deberá ser calificado por el fiscal.

Cuando la norma se refiere a “todos los casos en que intervenga” se entiende que se refiere a noticias criminis relevantes puestas en su conocimiento que determinan acciones policiales persecutorias y particularmente investigativas del ilícito. De ello se desprende que podrá haber diversos informes policiales según los avances efectuados y los requerimientos que se hagan.

Así es que consideramos que habrán informes iniciales, (a nivel de la investigación preliminar) otros que pueden verse como provisionales y los informes finales, aunque podrían efectuarse también los ampliatorios (luego de los finales); por ello, estamos de acuerdo en que: “Las investigaciones incluyen la tarea de obtener y evaluar la información, no importa el tipo o propósito final de las mismas”.

Ahora bien, la labor policial de investigación que se reflejará en el informe tiene tres objetivos fundamentales:

- a) Probar o, en su caso, desvirtuar, la veracidad de las circunstancias conocidas por medio de la noticia criminis.
- b) Probar o, en su caso, desvirtuar, la materialidad de la infracción penal (ocurrencia fáctica y encuadre legal).
- c) Probar o, en su caso, desvirtuar, la culpabilidad de determinadas personas

Sin embargo si analizamos la norma podemos señalar que la policía esta obligada a realizar los siguientes informes:

- **Informe Inicial**

La norma se refiere a una comunicación inicial que debe efectuar la policía al Ministerio Público, respecto el ilícito penal que conozca y, por cierto, bastaría que se efectuara verbalmente o de cualquier modo, si no fuera porque se exige que ello se realice también por escrito (artículo 331º, inciso 1º).

Ahora bien, no es solamente que se requiere el documento escrito si no que la norma indica, también, el contenido mínimo de aquella primera comunicación: elementos esenciales del hecho, elementos recogidos, actividad cumplida y los documentos (se entiende actos policiales y recaudos) que pudieran existir; sin embargo, resulta claro que este informe tendrá como base las horas iniciales de investigación.

La obligación inicial de presentar este informe, con los requisitos exigidos, es precisamente lo que nos refuerza en comprender que la noticia criminis que debe entregar la policía al fiscal, no es solamente la información que llegue a oídos de la policía, sino una información con un mínimo de labor policial funcional desarrollada, esto es una noticia cierta de la comisión de un ilícito penal.

- Informe Avanzado

Se entiende que un informe de este tipo se encuentra a medio camino, luego de un informe inicial (mayor contenido y menos que un informe final). Un informe de este tipo contendría básicamente las investigaciones desarrolladas con posterioridad al informe inicial (artículo 331º, inciso 2) y puede pertenecer al plazo final de las investigaciones preliminares.

Típicamente, un informe de este tipo, contendrá las diligencias y los resultados de pericias que requieran mayor tiempo y elaboración (artículo 68º) y las declaraciones de las personas citadas, lo cual se hará (intentos) hasta por tres veces (artículo 331º, inciso 3).

También se registrarían las acciones y diligencias efectuadas ya bajo la orientación del fiscal, lo que raramente ocurriría en el primer informe (inicial). Por ende, también podrían efectuarse

solicitudes policiales de participación fiscal y/o judicial (prueba anticipada), de otras diligencias o de fijación de un plazo mayor a 20 días para efectuar mayores investigaciones consideradas indispensables.

Se entiende que los informes iniciales, y con mayor razón los avanzados, pueden servir para formalizar el inicio de la investigación preparatoria (artículo 336º, inciso 1).

Contenido del Informe Policial

En la función policial de investigación del delito, el informe es la labor final del investigador. Se trata de un documento técnico donde se resume las actividades de investigación efectuadas y se ofrece un análisis de lo conseguido, para la calificación de la autoridad que corresponda.

El obtener información y evacuar un informe constituye el objeto de la actividad de investigación efectuada por la policía. Por ello se dice: “en el trabajo de investigación policíaca la mejor labor puede resultar inútil si no se redacta oportunamente un informe adecuado y si no se puede hacer llegar a quienes corresponda.

La ley indica el contenido que debe tener el informe policial al requerir lo siguiente: los antecedentes que motivaron la intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados (Artículo 332, inciso 2). La norma expresa una prohibición y tal es que la policía no debe calificar jurídicamente los hechos ni tampoco deberá imputar responsabilidades.

La norma no indica que el policía no debe pensar ni considerar que el hecho respecto el cual despliega su actividad sea delictuoso. Por el contrario, sólo tal consideración objetiva, basada en la realidad y constatada por él, legitima su actuación inicial. Lo que sucede no es que no deba dar y tener por cierto

ello, sino que debe tener sumo cuidado de no referirlo en el documento que emita finalmente para el fiscal, de modo que aquel no queda tipificado o subsumido en alguna norma penal específica.

Lo que la norma requiere son simples constataciones de los hechos registradas en actas, de modo pormenorizado y ciertamente encaminadas a verificar la realización del hecho y tendiente, también, a individualizar a su presunto autor.

Sin embargo, respecto al último tema, no se quiere que el policía atribuya responsabilidad presunta. El señalamiento, deberá surgir y hacerse claro, en todo caso, a partir de las actuaciones o diligencias policiales; pero en ningún caso deberá quedar ello explícitamente referido, como opinión de la policía. Esto es que tal conclusión debe aparecer como resultado de la apreciación objetiva de las actuaciones. En realidad existe jurisprudencia en que se da por sentado que la calificación jurídica de los hechos no es competencia de la policía, por lo cual se advierte que si bien hoy se realiza, ello mismo constituye una práctica sin ningún respaldo legal.

4.7.- La policía nacional del Perú y la aplicación del Decreto legislativo 1186.

Existe satisfacción por la aprobación del Decreto Legislativo No. 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la policía en el ejercicio de su función prevista en nuestra Constitución.

Los organismos de derechos humanos, de manera pública, en foros nacionales e internacionales, estuvimos exigiendo al Estado Peruano, entre otras temas relacionados a la función de la Policía Nacional del Perú, que regule a través de una ley el uso de la fuerza por parte de dicha institución de seguridad, en la que se recoja el principio de que el uso de la fuerza pública debe ser progresiva, proporcional y, sobre todo, con carácter excepcional en el cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, con el objetivo de garantizar un uso adecuado de la fuerza por parte de los efectivos policiales, exigíamos que el personal policial sea capacitado en su uso en estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas, que se les brinde atención psicológica para afrontar estas situaciones y que cuente con el equipamiento necesario para el uso adecuado de la fuerza.

Lo señalado en los dos párrafos anteriores es recogido por el Decreto legislativo No. 1186 (que tiene rango de Ley), además de señalar que el uso inadecuado o en contravención a lo señalado en dicho decreto legislativo originará las responsabilidades administrativas disciplinarias a que hubiere lugar, así como las responsabilidades de índole penal y civil que correspondan.

La propuesta de ley se vino trabajando desde febrero de este año y fue consultada a diversos sectores de la sociedad civil y observamos con satisfacción que muchas de las sugerencias, aportes, y/u observaciones que formulamos los organismos de derechos humanos han sido recogidos en el Decreto Legislativo No. 1186 ahora puesto en vigencia.

Sin embargo, aún nos preocupa que se haya mantenido algunos términos genéricos que puede llevar a una decisión arbitraria del uso de la fuerza como cuando para definir “Medios de Policía”, entre otras cosas se señale “... y otros elementos de apoyo...” (Inciso “c” del artículo 3) o el uso de la expresión disyuntiva “... peligro real o inminente de muerte...” (Inciso e del artículo 8.3) en contextos de reuniones tumultuarias (léase, también situaciones de protesta social) en lugar de precisar que el peligro debe ser real e inminente a la vez para recién utilizar un arma de fuego. Ello puede llevar a situaciones como las vividas en la reciente protesta social en la Oroya, en la que observamos a efectivos policiales utilizando, en forma indiscriminada y sin mayor control, sus armas de fuego originando la muerte de un poblador.

En atención a ello la Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz – FEDEPAZ exhorta al Estado Peruano la pronta aprobación del reglamento de la ley aquí sancionada, que permita esclarecer la ambigüedad de algunas expresiones usadas en la misma o un requisito menos protector del ciudadano para el uso del arma de fuego por parte de efectivos policiales en caso de protestas sociales.

4.8.- El uso adecuado de la fuerza

La Constitución Política le encarga a la Policía Nacional del Perú (en adelante PNP) la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, así como de prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

La Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial 156 sostuvo que la actividad preventiva y eventualmente represiva que desarrolla la PNP plantea escenarios donde el Estado requiere hacer uso de su fuerza pública con la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos que se ven afectados en situaciones de conflicto.

Hablamos básicamente de la vigencia de derechos fundamentales. Así, en tanto se trata de una situación extraordinaria producto del escalamiento de un conflicto social hacia una fase de crisis, el Estado está habilitado a actuar, de manera extraordinaria, mediante el uso legítimo de la fuerza pública.

Este poder, como toda otra potestad estatal, se encuentra regulado por un marco jurídico, en cuyo progresivo desarrollo se han ido fijando límites cada vez más precisos. El uso de la fuerza pública se encuentra principalmente delimitado por el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales, ante los cuales los Estados tienen el deber de respetarlos, protegerlos y promoverlos.

De hecho, el marco normativo del uso de la fuerza, específicamente aplicable a la PNP, se encuentra desarrollado en el Decreto Legislativo 1186 cuyo artículo 4 incorpora los principios que informan la actuación policial entre los que se encuentra el de “proporcionalidad”.

4.9.- Marco jurídico internacional sobre uso adecuado de la fuerza

Mediante el Código de Conducta y los Principios Básicos, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se encarga de ofrecer orientación a los Estados Miembros sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ambas normas, entendidas de manera integral, ofrecen una serie de reglas y principios generales sobre el uso de la fuerza pública por parte de los Estados, convirtiéndose en una especie de reglas mínimas que deben cumplir todos los Estados Miembros de la ONU.

Efectivamente, si las reglas nacionales resultaran más estrictas que el mínimo convencional este será el parámetro de actuación exigible para las fuerzas policiales.

En la medida en que el Código de Conducta busca que las prácticas relativas a la aplicación de la ley por parte de los funcionarios que ejercen facultades de policía, guarden coherencia con las libertades y los derechos fundamentales, el uso de la fuerza constituye siempre un recurso excepcional.

De esta forma, el artículo 3° del Código de Conducta señala que: "... podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas."

En esa medida se reconoce que solo se puede autorizar el uso de la fuerza en dos supuestos de razonabilidad:

- Prevención de un delito.
- Detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla.

Además del principio de razonabilidad, esta norma reconoce asimismo que el uso de la fuerza por parte de los funcionarios que ejercen funciones de policía debe estar acorde al Principio de Proporcionalidad, de manera que en ningún caso puede permitirse el uso de un nivel de fuerza desproporcionado para alcanzar una finalidad legítima.

El Código de Conducta considera como una medida extrema el uso de armas de fuego, de manera que los Estados deberán hacer todo lo posible para no recurrir a este tipo de armas, especialmente contra niños.

De este modo, solo será posible el uso de armas de fuego cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida del agente o de otras personas y no pueda ser reducido o detenido aplicando medidas menos extremas (artículo 3°, inciso c).

A su turno, los Principios Básicos constituyen un esfuerzo de la ONU por desarrollar con una mayor precisión las reglas sobre uso de la fuerza, señaladas en el Código de Conducta. Estos principios son:

- Legalidad; en tanto los Estados deben establecer, a través de una norma de rango legal, los medios y los métodos para el ejercicio de esta potestad – legalidad formal–, la cual debe perseguir además finalidades legítimas amparadas en el marco jurídico –legalidad material– (Disposición General N° 1);

- Precaución; en tanto los Estados deben evitar o prevenir que sus agentes hagan un uso inadecuado de la fuerza pública, mediante –por ejemplo– la dotación de distintos tipos de armas y municiones que les permitan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego; la evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes; etc.

- (Disposiciones Generales N° 2 y 3). Se contraviene este principio cuando las fuerzas policiales responsables de las labores de reposición del orden interno –las llamadas Unidades de Servicios Especiales (USE)– carecen de armamento no letal o no son entrenadas en su empleo para cumplir con su finalidad.

- Necesidad; en tanto los Estados deben utilizar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. En ese sentido, pueden emplear la fuerza o armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficientes o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto (Disposición General N° 4). Por esa razón, por ejemplo, el armamento letal no puede ser empleado como una herramienta principal en la ejecución de acciones de reposición del orden interno, pues solo podrán utilizarlo cuando sea absolutamente necesario en defensa de una vida.

- Proporcionalidad; cuando sea inevitable el uso de la fuerza o de armas de fuego, los Gobiernos deben ejercer esta potestad en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga, procurando reducir al mínimo los daños y lesiones (Disposición General N° 5)

De acuerdo con estos principios y en consonancia con el Código de Conducta, si el uso de la fuerza constituye una medida excepcional, recurrir al uso de armas de fuego para lograr objetivos legítimos constituye una necesidad aún más extrema.

En consecuencia, y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los Principios Básicos reconocen que solo es posible el uso legítimo de armas de fuego por parte de funcionarios que ejercen funciones de policía en las siguientes situaciones (Disposición Especial N° 9):

- En defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves;
- Con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; o
- Con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga.

En todos estos supuestos, conforme con el principio de necesidad, el uso de armas de fuego es legítimo, en tanto resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr los objetivos que se persiguen en cada caso. Por esa misma razón, los Principios reconocen expresamente que solo se podrá emplear armas letales de manera intencional cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

4.10.- La Jurisprudencia sobre el uso de la fuerza.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que “El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”³³.

³³ Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Considerando 67.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes casos relacionados con la normativa aplicable al uso de la fuerza, dejando sentado que el legislador deberá tener como base los ya aludidos Principios de las Naciones Unidas³⁴.

Al respecto sostuvo que:

“... los principios de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad aplicables en contextos de uso de la fuerza deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución”³⁵.

³⁴ STC 00002-2008-AI, Fundamento Jurídico 64.

³⁵ STC 00022-2011-AI, Fundamento Jurídico 15

CONCLUSIONES

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 legítima defensa es una causa de justificación que exime de responsabilidad penal, sin embargo, deben de concurrir los tres presupuestos enumerados en artículo 20° 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.
3. En la presente tesis se considera la posición de La Defensoría del Pueblo cuyos representantes de dicha entidad consideran que la regulación del uso de la fuerza debe atenerse al principio de proporcionalidad entendido de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente informe.
4. 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.

RECOMENDACIONES.

1. Consideramos que el Estado también tiene un deber para con el policía, y es el de defender Sus derechos cuando se ve involucrado en un proceso penal en calidad de imputado. Debido a recientes experiencias v estando sobreentendido que el ejercicio legítimo de la fuerza dentro de parámetros legales no puede acarrear responsabilidad legal.
2. Se hace necesario introducir en el marco procesal penal, el supuesto que impida la privación de la libertad del efectivo policial mientras dure el proceso, donde debe primar el principio de presunción de inocencia previsto en el literal e del numeral 23, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
3. Otorgar protección legal al personal de la Policía Nacional del Perú, que en ejercicio de su función constitucional hace uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria causando lesiones o muerte.
4. Establecer mecanismos procesales que eviten menoscabar el principio de la autoridad policial, vale decir, efectuar las enmiendas al Código Penal o al Código Procesal Penal que impidan que el Personal policial que ha hecho uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria en la lucha contra la delincuencia y el mantenimiento de la seguridad ciudadana, sea objeto de Detención Preliminar Judicial o Prisión Preventiva.

PROPUESTA

“LEY DE PROTECCIÓN POLICIAL”

Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene por objeto otorgar protección legal al personal de la Policía Nacional del Perú, que en ejercicio regular de su función constitucional hace uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria causando lesiones o muerte y brindar el servicio de asesoría y defensa legal gratuita al personal policial, que afronta una investigación fiscal o un proceso penal ó civil derivado del cumplimiento de la función policial, señaladas en el Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú y Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú.

En estas circunstancias al ejercer su derecho a su legítima defensa y de la sociedad establecido en la ley, el principio de razonabilidad de medios será interpretado a favor del personal policial interviniente, estableciendo mecanismos procesales que eviten menoscabar el principio de autoridad policial

Artículo 2.- Finalidad.

La presente ley tiene por finalidad garantizar la eficiencia del servicio que presta el personal policial en el cumplimiento de su función constitucional, cuando hacen uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y de esta manera gocen de la protección legal del Estado.

Artículo 3.- Responsabilidad penal

El Policía Nacional del Perú que hace uso de sus armas o medios de defensa, contraviniendo la Constitución Política del Perú, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocidas por el Estado peruano y la presente ley, incurrirá en responsabilidad penal y no se aplicará los beneficios de la presente ley.

Artículo 4.- Incorporación del artículo 292°-A, del Título IV, de la Sección III, del Libro Segundo, del Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal.

Incorpórese el artículo 292°-A, del Tituló IV, de la Sección III, del Libro Segundo, del Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo al texto siguiente:

“Artículo 292°-A.- Comparecencia restrictiva para el Policía Nacional del Perú

Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 al Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa, en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva."

5. Modificación del numeral 11 del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal.

Modifícase el numeral 11 del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, la cual queda redactado de la siguiente manera:

"Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte. "

Artículo 6. Modificación del artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Modifíquense el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, la cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 15°.- De los Procuradores Públicos Especializados

(...).

15.2. Los Procuradores Públicos Especializados son:

(...).

f) Procurador Público Especializado en la defensa legal del Policía Nacional del Perú.

(...)

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA - Derogatoria

Derogase el literal c) del numeral 4.1 del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, o déjese en suspenso, según el caso, las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la presente ley o limiten su aplicación, con la entrada en vigencia de la presente ley.

BIBLIOGRAFIA

1. FIDEL ROJAS VARGAS "LA legítima defensa: Proporcionalidad o racionalidad de medios. Jurista Editores. Julio 2004.
2. JULIO ARMANZA GALDOZ, "Legítima Defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito". Editorial Adrus. 2004.
3. CESAR LANDA ARROYO, "Los Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2010.
4. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa, cit., pp. 18-92.
5. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general, cit., p. 479.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general, T. III, cit., p. 590.
7. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte general, cit., p. 626. BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico, Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 106 y ss.
8. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general, cit., p. 481.
9. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho penal. Parte general, cit. p. 369-, nums. 715-716.
10. CEREZO MIR, José. Curso de Derecho penal español. Parte general II- Teoría jurídica del delito, 6ª edic., Madrid: Tecnos, 2004, p. 234.

Otras bibliografías

1. **BERNAL, CESAR.** *Metodología de la Investigación.* México : Pearson, página 112, 2006.
2. **BERNAL, CESAR AUGUSTO.** *Metodología de la Investigación.* México : Perason página 176, 2006.

Lincografia

1. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
2. [https://www.academia.edu/3395170/Causas de justificaci%C3%B3n Le g%C3%ADtima Defensa](https://www.academia.edu/3395170/Causas_de_justificaci%C3%B3n_Le_g%C3%ADtima_Defensa)
3. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ HEUDEBERT JUJJUAN DIEGO EXIMENTE OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUJJUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
4. <https://www.monografias.com/trabajos18/legitima-defensa/legitima-defensa.shtml>
5. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202017000200013
6. [http://www.peruanoscontralacorrupcion.com/index.php/2015/06/30/south-ern-hay-mas-pruebasde-contaminacion-en-ilo-entre-el-2007-y-el-2009/.](http://www.peruanoscontralacorrupcion.com/index.php/2015/06/30/south-ern-hay-mas-pruebasde-contaminacion-en-ilo-entre-el-2007-y-el-2009/)
7. Felipe Villavicencio Terreros “La Ley N° 30151 no es una “carta blanca” para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En http://www.vmrfirma.com/pdf/publicacion_tres.pdf

ANEXOS

ANEXO 01

EXPEDIENTE 5650-2019

CASO: CUEVA CUEVA, EVERT NEISER

ANEXO 02
ACUERDO PLENARIO N° 5-2009/CJ-116

ANEXO 03+
+
PROYECTO DE LEY 3860- 2018