
Criterios de la legítima defensa: Análisis en torno a un Dictamen del Ministerio Público

José Carlos Angulo Portocarrero(*)

Abogado. Alumno de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

"(...) Sócrates: Consideremos esto: ¿reconoces conmigo que algunas veces es más ventajoso... matar, desterrar y desposeer de sus bienes a las personas y otras veces no?"

Polo: Por supuesto.

Sócrates: ¿Y cuándo consideras tú que es mejor hacer eso? Dime qué limitación ves en lo concerniente a tal cosa... te digo que cuando alguien hace eso de acuerdo con la justicia es más ventajoso y cuando lo realiza injustamente, peor".

Platón (En Gorgias)

1. El dictamen materia de análisis

El dictamen objeto de estudio fue emitido el nueve de marzo del dos mil cuatro por la Quinta Fiscalía Superior en lo Penal de Lima, a consecuencia de la queja de derecho formulada por Vilma Chunga Antón, contra lo resuelto por la Fiscal Provincial Penal que decidió no formular denuncia penal⁽¹⁾ contra Heinz Jurgen Diesner por el presunto delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de Homicidio, en agravio de Walter Willi Chunga Antón.

1.1. Antecedentes o hechos probados

El dictamen *in examine* da cuenta de los siguientes hechos: "(...) Que, el día cuatro de febrero pasado, siendo aproximadamente las dieciocho y cincuenta horas, las personas de Walter Willi Chunga Antón y Abel Martín Rivera Ortega, simulando ser miembros de una Iglesia Misionera de Lurín, se apersonaron al

departamento ochocientos dos ubicado en la calle Paul Harris No. 123, Barranco, convenciendo a la persona de Johana Jiménez Cerón a fin de que les permita el ingreso y, ya en el interior, la redujeron junto con su empleada Flor Silva Cárdenas, esperando a Heinz Jurgen Diesner, conviviente de la primera de las nombradas. Así, a la llegada de dicha persona, le rociaron en el rostro un gas paralizante amenazándolo con un arma de fuego, con la finalidad de maniarlo, pero debido a problemas respiratorios del agraviado, le permitieron que se acerque al lavadero de la cocina a fin de echarse agua en el rostro, es así que toma un cuchillo y se lo infirió en el tórax de Walter Willi Chunga Antón, ocasionándole la muerte, e hiriendo a Abel Martín Rivera Ortega; Segundo. Que, de la investigación realizada se ha podido determinar: a) Que, Walter Willi Chunga Antón y Abel Martín Rivera Ortega ingresaron al domicilio del agraviado con el propósito de cometer actos ilícitos, portando dos armas

(*) Un agradecimiento por su colaboración en el presente artículo a la señorita Claudia Pérez Huamaní, alumna de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Cabe referir, que esta decisión fue implícita y se dedujo del pronunciamiento que indicó que "(...) el agraviado actuó en legítima defensa ante la inmensa peligrosidad de la agresión y estar en desventaja, por las armas que portaban sus atacantes". Este dictamen no efectuó un análisis exhaustivo respecto a si la conducta del sujeto se encontraba dentro de los alcances de la figura de la legítima defensa.

de fuego, una pistola Pietro Beretta calibre 9 milímetros Parabellum; b) Que, en el interior de los bolsillos del occiso Walter Willi Chunga Antón se encontró dos granadas tipo piña; c) Que, asimismo se incautó un envase de color negro conteniendo gas paralizante, lo cual corrobora la versión del agraviado; d) Que, Abel Martín Rivera Ortega fue quien le roció el gas paralizante al agraviado, conforme así lo ha manifestado en su entrevista personal; y, e) Que, todos estos elementos permiten establecer que el accionar de los denunciados se encuentra agravado dado a los objetos y armas que se les encontraron; Tercero. Que, la conducta de los denunciados estuvo dirigida a la obtención de un resultado, sin interesar la integridad física de los agraviados, lo cual ha quedado demostrado al haberseles encontrado armas de fuego, explosivos y sustancias tóxicas que tenían el propósito de intimidar y de causar un perjuicio físico a la vida de las víctimas (...)."

1.2. Fundamentos del dictamen y fallo

Los principales fundamentos del dictamen materia de análisis fueron los siguientes: "(...) Cuarto. que el artículo 20 del Código Penal señala que existirá el ejercicio de la legítima defensa cuando el agente obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, para ello debe existir una: a) agresión ilegítima, la cual debe ser real y actual, es decir, en el caso concreto la agresión consistió no solo en el acto de intimidación, sino que esta se encontraba premunida del uso de armas de fuego y de explosivos de guerra; Que, en su conjunto no solo la hacen real sino que era permanente, ya que tanto la conviviente del agraviado, como la empleada del hogar se encontraban amarradas, el agraviado se encontraba bajo los efectos del gas paralizante que se uso en su contra y además con arma de fuego que lo apuntaba permanentemente, poniendo todo ello en riesgo la integridad física de los afectados; b) necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión: en este caso de acuerdo a la modificatoria realizada a través de la Ley 27936, se debe tener en cuenta la intensidad y la peligrosidad de la agresión, así como la forma de proceder de los agresores, frente a ello, el accionar del agraviado fue la de rechazar la ilegítima agresión que sufría conjuntamente con la de su familia, con el medio más racional que pudo contar al momento que sucedían los hechos y dentro de las circunstancias por las que atravesaba teniendo en cuenta el peligro que corría su vida, en donde los bienes

jurídicos que estaban en peligro eran de igual equivalencia del que finalmente fue afectado, por lo que la respuesta al ataque se encuentra justificada dada la peligrosidad de los denunciados; c) falta de provocación suficiente: a quedado demostrado que no existió por parte del agraviado una provocación o motivación que generen el accionar de los denunciados, estos, sería ilógico frente a los hechos descritos; Quinto. que lo expuesto no hacen sino concluir que la conducta del agraviado, resulta atípica ya que se encuentra dentro de los alcances de las causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado, encontrando así el derecho del agredido a ser respetado en su persona y en sus bienes, siendo así, su accionar no está sujeto a la punición del Estado, quedando exento de responsabilidad penal de conformidad con lo preceptuado por el artículo 20 del Código Sustantivo (...)"

Es por los fundamentos señalados que la Fiscalía Superior Penal referida resolvió: "(...) declarar infundada la Queja interpuesta por Vilma Chunga Antón respecto de la participación de Heinz Jurgén Diesner por delito de homicidio en agravio de Walter Willi Chunga Antón, tómesese razón y devuélvase a la Fiscalía Provincial de origen a efecto de que proceda como corresponda (...)"

2. Delimitación del objeto materia de análisis

El presente análisis esta dedicado a examinar los hechos suscitados y algunos de los supuestos más recurrentes, más no por ello pacíficos, en los que cabe la operatividad de la figura de la legítima defensa, considerada "la más importante y de mayor significancia práctica de todas las causas de justificación"⁽²⁾. Asimismo, efectuaré un enfoque de los alcances de la legítima defensa y un panorama de aquellos supuestos en que pese a aparentar configurarse esta figura jurídico penal, por el contrario se hayan excluida. Considero relevante efectuar un análisis de esta naturaleza, en vista a que del tenor literal de las normas vigentes no es posible alcanzar una comprensión de los alcances de esta causa de justificación. En términos generales, el presente análisis, parte claramente de la idea de que el orden jurídico no solo esta concebido como un cúmulo de prohibiciones normativas, sino también de preceptos permisivos que, en el marco de los límites de un Estado de Derecho, autorizan en circunstancias concretas, la realización de ciertas conductas que de

(2) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978. p. 110.

no concurrir los presupuestos exigidos por esta exigente, resultarían manifiestamente prohibidas.

Dado que el presente análisis trata a la legítima defensa principalmente en el supuesto de defensa de bienes jurídicos como la integridad, libertad personal y vida (que son los supuestos más recurrentes), éste se enfocará a las cuestiones sustantivas del dictamen glosado, excluyendo las cuestiones procesales del pronunciamiento⁽³⁾.

3. Análisis o comentario del dictamen: la legítima defensa y sus alcances

3.1. Noción y fundamentación de la legítima defensa

La legítima defensa en términos coloquiales es una acción de defensa ante un ataque humano relacionado frecuentemente con la defensa de la vida y con el afán de supervivencia del ser humano. Jurídicamente, sin embargo, implica el cumplimiento de presupuestos para su ejercicio y trae una complejidad de consecuencias jurídicas que no es posible advertir en su ejercicio fáctico.

De este modo, debo referir en principio, que la Legítima Defensa, constituye una causa de exclusión de antijuricidad⁽⁴⁾, lo cual implica “(...) la desaparición de la ilicitud de una conducta”⁽⁵⁾. Se puede afirmar que esta exigente opera, cuando un individuo realiza una conducta típica racionalmente necesaria para impedir una agresión ilegítima, provocada por otro que no es él mismo, en contra de su persona o de un tercero.

De esta manera, una acción amparada en la legítima defensa “es en todo caso conforme a derecho”⁽⁶⁾, en vista a que, como ya hice referencia, el ordenamiento jurídico no solo esta articulado de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan las prohibiciones bajo el cumplimiento estricto de determinados presupuestos.

El ejercicio de la legítima defensa implicará entonces que: “de los elementos constitutivos del delito desaparece el de antijuricidad”⁽⁷⁾; sin embargo, para llegar a un resultado de esta naturaleza, será necesario efectuar un correcto juicio de antijuricidad basado en dos ordenes de ideas: “(...) Por una parte en la comprobación de la tipicidad (parte positiva) de la acción, por otra, en el examen de la cuestión si interviene una causa de justificación. Si ambas cuestiones encuentran una respuesta afirmativa resultará excluida la antijuricidad”⁽⁸⁾ o dicho de otro modo: “(...) resulta que la conducta de quien lesiona bienes de otra persona, que encaja en un tipo de delito sería, en principio, antijurídica, no lo es si concurre la situación de legítima defensa. Si la acción es conforme a derecho no puede ser antijurídica”⁽⁹⁾. En todo Estado de Derecho se presume en principio, que el ordenamiento jurídico regula situaciones y valora positivamente acciones de los sujetos, asumidas como necesarias para la sociedad, por lo tanto, una conducta ajustada a los presupuestos de la legítima defensa constituirá una agresión jurídica, no solo porque dicha conducta se halle positivizada en nuestro ordenamiento, sino también porque dicha facultad de lesión a bienes jurídicos es legítima y valorada como condición necesaria para la convivencia en Sociedad, por lo tanto una lesión de esta naturaleza no podría merecer un reproche penal.

La concurrencia de la figura de la legítima defensa, para que constituya efectivamente una facultad jurídica, debe conllevar a alguna consecuencia que deje advertir su carácter de situación jurídica de ventaja. En este sentido, en primer lugar frente a un sujeto que actúa en legítima defensa, no cabe la legítima defensa de la otra parte, dado que: “(...) Si existe una causa de justificación a favor del atacante, significa que el amague es legítimo y por ende, al no existir agresión injusta, no hay derecho a la defensa”⁽¹⁰⁾ Esta consecuencia no ocurre cuando se trate de un supuesto en el que se ejerza una acción

(3) Cabe referir sin embargo, que el presente pronunciamiento es cuestionable, no por el fondo, el cual si bien no es un análisis profundo, es correcto en los cortos fundamentos que presenta, sino por la exigencia que impone la Constitución de “motivar las decisiones judiciales”, lo cual se hace extensivo también para el Ministerio Público, por lo cual la Fiscalía Provincial Penal de Lima, debió pronunciarse sobre la conducta cuestionada y si encuadraba o no en el supuesto de legítima defensa.

(4) En vista de que la exclusión de antijuricidad es una consecuencia de la concurrencia de una causa de justificación, asumo la posición de hacer un uso indiferente de los términos “causa de exclusión de antijuricidad” y “causa de justificación” por ser poco funcional la discusión de la diferenciación de estos términos para el presente análisis, por lo cual queda claro en el presente análisis, que la legítima defensa por ser una causa de justificación constituye una de las causas de exclusión de antijuricidad. En este sentido ver: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 104.

(5) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 116.

(6) ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte general*. Primera edición. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 602

(7) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 108.

(8) JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Bosch, 1981. p. 442.

(9) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 108

(10) GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Legítima defensa*. Bogotá: Temis, 1991. p. 156.

de defensa en la cual no concurren todos los presupuestos exigidos por esta figura jurídica, esta situación posteriormente podría ser eximida de la pena, pero al no ser una defensa carente de antijuricidad, es totalmente posible considerarla una agresión ilegítima y por lo tanto, posible ejercer acciones de defensa contra ésta.

Otra consecuencia de esta eximente es que al hallarse el hecho principal justificado, no cabe ninguna forma de participación punible, pues la participación es también una acción de defensa que “no supone sino, incitar o ayudar a realizar algo permitido e incluso deseable”⁽¹¹⁾, la participación en este caso, es totalmente acorde a uno de los principales fundamentos de la legítima defensa, es decir, la defensa del Derecho, fundamento que detallaré posteriormente.

Por otro lado, ante la concurrencia de la legítima defensa **no se pueden imponer medidas de seguridad post delictuales**, en vista que, cuando falta la antijuricidad, no solo no se ha cometido delito alguno, sino que, no se puede afirmar de ningún modo que la acción de defensa ejercida acorde a derecho y deseada socialmente, este dotada de peligrosidad no permitida. Claramente carece de coherencia afectar la esfera jurídica de un sujeto por un medio de control social de esta naturaleza, con la finalidad de evitar futuros actos delictivos, cuando el sujeto no ha cometido ningún delito, ni acción antijurídica. Distinto es el caso en el cual la acción de defensa no cumple con todos los presupuestos para considerarla carente de antijuricidad, pero pese a esto, al carecer el individuo de culpabilidad (claro ejemplo, el de los inimputables), si es posible la aplicación de una medida de seguridad pues no concurre la eximente materia de análisis.

Finalmente, otra consecuencia de esta justificación es que “además de eximir de pena, exime también de responsabilidad civil”⁽¹²⁾, lo cual es lógico pues ante el correcto ejercicio de una facultad jurídica no se debe sancionar penalmente ni imponer gravámenes civiles, consecuencia que no ocurre cuando solo falta la culpabilidad.

3.1.1 Fundamentación de la legítima defensa

La idea que sirve de base para la legítima defensa es que “el Derecho no tiene porque ceder al injusto”⁽¹³⁾.

Es decir, quien actúa en legítima defensa estará actuando conforme a Derecho, pues el ordenamiento jurídico se inclina a favor de aquel que defiende sus bienes jurídicos cuando se le afectan ilegítimamente y le permite a este “agresor legítimo” lesionar aún al “agresor ilegítimo” en la medida que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho.

En este orden de ideas, dos son los fundamentos para la existencia en el ordenamiento jurídico de una eximente de esta naturaleza: el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de mantenimiento del Derecho. El primero se refiere al individuo como ser social, por tanto las conductas en sociedad deben girar en torno a la defensa de la persona y sus derechos. Por otro lado, la legítima defensa, se fundamenta en que si se parte del principio de que el ordenamiento jurídico “reconoce a la persona como tal y a sus derechos”⁽¹⁴⁾, es necesario que las conductas también se orienten a su protección.

En vista de que uno de los fundamentos de la legítima defensa es la protección de la persona, aquel que ejerce la acción de defensa, goza de la facultad de no exigibilidad de proporción de su defensa frente a una conducta agresiva; sin embargo, al ser la persona el fundamento de esta causa de justificación, es que esta facultad defensiva no es ilimitada, por lo cual es indispensable que la defensa tenga parámetros como la necesidad racional del medio empleado a la cual entraré en detalle mas adelante.

Asimismo, del principio de protección se deriva que por medio de esta causa de justificación sólo es posible amparar la defensa de bienes individuales, no bienes jurídicos colectivos, en vista de que “la agresión ilegítima ha de crear un peligro para la esfera jurídica de un sujeto concreto”⁽¹⁵⁾, por lo cual, en la medida en que la afectación a un bien jurídico colectivo no afecte directa e indubitadamente a un bien jurídico individual o de un tercero, aquel que actúe no esta eximido de toda responsabilidad penal⁽¹⁶⁾.

En este sentido, no es posible la legítima defensa del Sistema Político o del Medio Ambiente, por lo que un individuo no podría argumentar que arremete legítimamente contra aquel que se halla talando en una zona que no es propiedad de aquel que arguye el ejercicio de una acción defensiva, ya que en este caso

(11) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 118

(12) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 120.

(13) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Reppetor, 1998. p. 431

(14) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Lima: Ara, 2004. p. 887.

(15) IGLESIAS RÍO, Miguel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Granada: Comares, 1999. p. 10.

(16) De afirmar lo contrario, la afectación a bienes jurídicos individuales sería bastante forzada y requeriría un análisis de la afectación al bien jurídico colectivo, excesivamente finalista.

la legítima defensa estaría posibilitando la protección de bienes jurídicos de los cuales el propio Estado ya ha establecido mecanismos particulares de protección⁽¹⁷⁾, con la finalidad de no someter a todo sujeto a una conducta policial, orientada a atender a toda afectación de bienes jurídicos colectivos. Por este mismo fundamento de defensa de la persona y de sus bienes jurídicos individuales es, que no cabe la legítima defensa frente a una tentativa imposible (por ejemplo la amenaza con un arma de juguete), ya que en dicho caso no existe la posibilidad de afectación de un bien jurídico individual.

Por otro lado, el principio del mantenimiento del derecho, parte de la necesidad de que en la Sociedad se reconozca al individuo, una facultad de protección ante conductas agresivas que no solo afecta un interés individual, sino que niegan mediatamente “un orden de valores individuales y colectivos establecidos para la convivencia”⁽¹⁸⁾ reflejados en el sistema jurídico. Este fundamento de la legítima defensa debe concurrir con el de protección de la persona y sus bienes jurídicos, pues de lo contrario se trataría de una defensa *per se* del ordenamiento jurídico positivo, lo que podría ocasionar no reconocerse los valores para la convivencia social, lo cual implicaría que el Estado fortalezca los excesos y arbitrariedades normados, otorgando facultades de su defensa a los individuos, hecho que podría negar incluso el principio de protección de bienes jurídicos.

En supuestos como el del dictamen glosado, la facultad de defensa no se fundamenta en el hecho de infringir *per se* el ordenamiento jurídico (pues se infringen las normas estipuladas en el Código Penal), dicha facultad tampoco se fundamenta en el hecho de afectar la paz y seguridad de los seres humanos o de la Sociedad, que ciertamente se afecta cuando se arremete o pone en peligro a la integridad de sus integrantes. Esta facultad se fundamenta en la protección del bien jurídico vida, integridad y libertad personal de un sujeto concreto, así como en las normas que tienen como finalidad concreta la protección de estos bienes jurídicos.

3.2. Los presupuestos de la legítima defensa:

Contenido y estructura

El análisis de la estructura de esta figura jurídica gira en torno a dos aspectos: un aspecto referido a la situación de legítima defensa, es decir, la existencia de una agresión ilegítima y otro referido a la defensa misma.

La base legal de la legítima defensa se regula en el Capítulo III del Código Penal peruano, y es expuesta como un supuesto de eximente de responsabilidad penal, no es denominado expresamente como causa de exclusión de antijuricidad, siendo que este sentido se le atribuye por las consideraciones doctrinales que he referido en la parte precedente⁽¹⁹⁾. La norma en su parte pertinente refiere:

“Artículo 20.

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

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

a) Agresión ilegítima;

“b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa”⁽²⁰⁾

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

3.2.1. La situación de agresión ilegítima

La agresión ilegítima es el presupuesto de la defensa y debe considerarse “(...) como *conditio sine qua non*, como elemento imprescindible y esencial de la eximente”⁽²¹⁾, asimismo “presupone una acción consciente y controlada por la voluntad; aun más, una acción dirigida o tendente a algo; es decir, el concepto de agresión implica conciencia y voluntad de realizar aquello que constituye la parte objetiva de la agresión: la lesión (...) de un bien jurídico”⁽²²⁾. De este modo,

(17) Es decir, sanciones administrativas o incluso los tipos penales establecidos para los delitos contra la afectación de la Administración Pública, el Estado y la defensa nacional, el orden financiero, etcétera.

(18) GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Op. cit.*; p. 31.

(19) En este mismo sentido ver: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 415 y ss.

(20) Literal vigente por modificatoria del Artículo 1 de la Ley 27936, publicada el 12 de febrero de 2003.

(21) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 129.

(22) *Ibid.*; p. 179.

dicha situación constituye un presupuesto esencial que consiste no solo en el ataque de una conducta humana hacia los bienes jurídicos o derechos de una persona, sino aquel que implique un peligro o una lesión del bien jurídico individual al que se aluda.

3.2.1.1. *El peligro proveniente de una conducta humana*

Será necesario para el amparo de ésta eximente, una acción u omisión en la cual concurra una voluntariedad no excluida por fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos (en dichos supuestos no habría acción).

De la exigencia que la agresión proceda de conducta humana, surge una problemática referente al contenido subjetivo de la conducta agresora, es poco clara la atribución a una agresión del carácter de ilegítima o no, respecto del papel que toma la voluntariedad de aquel que arremete, pues esta puede dirigirse concretamente a agredir, pero en otros casos puede tratarse de una conducta imprudente que teniendo como objetivo otro distinto a la agresión, trae como consecuencia no deseada la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Considero que ante una conducta humana imprudente no cabe ejercer esta concreta causa de justificación⁽²³⁾. Ciertamente las acciones imprudentes pueden constituir en muchos casos una lesión o peligro hacia bienes jurídicos tan relevantes como la vida, ante las cuales es lógicamente necesaria una reacción lesiva, pero cubierta por otra causa de justificación que es el estado de necesidad⁽²⁴⁾.

Hago esta afirmación teniendo en consideración que para que una acción sea considerada ilegítima o ilícita debe ajustarse a un tipo penal⁽²⁵⁾, de este modo, el dolo constituye un elemento fundamental dentro del análisis de la imputación objetiva, por lo tanto, es necesaria su concurrencia para calificar una agresión de ilegítima. Las conductas imprudentes no son legítimas, mucho menos deseadas socialmente, pese a esto, solo merecen reproche penal los casos expresamente establecidos por ley y que produzcan un resultado. Ciertamente la exclusión de la conducta imprudente del carácter de agresión ilegítima⁽²⁶⁾,

constituye una valoración teleológica, sin embargo este tipo de perspectiva es necesario, pues afirmaciones contrarias, si bien constituyen fuertes argumentos para catalogar a la conducta imprudente como agresión ilegítima, traen consecuencias al parecer no analizadas por quienes las propugnan.

En este sentido, no considero posible dar facultades de defensa a un sujeto con límites tan amplios tratándose de una conducta que no está dirigida a negar el ordenamiento jurídico, ni mucho menos a agredir un bien jurídico individual, pues esto sería igualar su situación a la de un agresor doloso, lo cual desde la perspectiva de aquel que se defiende no traería mayores consecuencias; sin embargo, el entendimiento de esta causa de justificación debe tomar en cuenta perspectivas de ambos. Si se aceptara la posición que atribuye a las conductas imprudentes el carácter de agresión ilegítima, de plano la acción defensiva zanjaría toda posibilidad de reacción que se ajuste a legitimidad, pues como ya referí en los párrafos precedentes, ante la legítima defensa no cabe ejercicio de legítima defensa, de este modo, al igual que a un delincuente se le niega la posibilidad legítima de defenderse se le negaría también a aquel que actúa imprudentemente y por el contrario se le impondría el deber de soportar la acción de aquel que ejerce la acción defensiva primigenia, lo cual considero un exceso y poco concordante con los fundamentos de protección de bienes jurídicos y del Derecho que propugna esta eximente. Esta posición no implica sin embargo, negar la posibilidad de una acción legítima contra conductas imprudentes, pues la exclusión del carácter de ilegítimo no excluye que la acción genere una situación de peligro, la cual puede repelerse por aquel que se sienta amenazado, bajo el amparo del estado de necesidad justificante.

Finalmente, sin perjuicio de detallar en otra oportunidad, debo referir, que la acción humana puede provenir de una persona no culpable o un inimputable, pues dicha condición no constituye un factor excluyente del carácter de ilegitimidad de la agresión, a diferencia de las acciones imprudentes.

(23) Así, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; pp. 173 y ss.

(24) En este sentido ver: BALDÓ, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 37 y ss.

(25) Esta posición, es la que toma como presupuesto que la legítima defensa al otorgar amplias facultades de afectación de bienes jurídicos, solo puede ser ejercida ante las conductas que afecten gravemente a los bienes jurídicos, es decir las conductas sancionadas penalmente, dentro de este presupuesto, no es posible afirmar que una conducta imprudente es una agresión ilegítima, pues esta debe ser típica.

(26) "Ilegítima, ilícita y antijurídica son conceptos que se corresponden exactamente". En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1978. p. 197.

3.2.1.2. *La agresión debe ser real*

Para que una acción defensiva este amparada por la legítima defensa, no debe existir error sobre el presupuesto de la agresión, es decir, la situación de agresión debe existir efectivamente y esta no se puede presumir sin algún dato objetivo que la evidencie, en este sentido, el agresor debe por lo menos haber realizado los actos preparatorios más próximos a la tentativa. Por otro lado, no cualquier acción puede considerarse agresión, pues una apreciación meramente subjetiva podría implicar que aquello que se considere agresión sea absolutamente indeterminable y variable en vista del innumerable número de sujetos y de cada una de las perspectivas que cada uno de estos pueda tener. En el caso de error sobre la concurrencia de una agresión, esta se tratará como un error de tipo que debe ser resuelto de acuerdo a las reglas de éste, al respecto detallaré más en líneas posteriores.

De los presupuestos de la legítima defensa hasta el momento esbozados y de los hechos referidos en el dictamen materia de análisis cabe hacer algunas acotaciones.

En principio, considero necesario, asumir respecto a los hechos del dictamen, que aquellos que ingresaron al domicilio del agredido eran personas en el correcto uso de sus capacidades y por lo tanto imputables, el referido dictamen no hace un pronunciamiento al respecto, ni otorga dato objetivo que haga presumir lo contrario. Pese a esta postura, a efectos didácticos, considero necesario resolver la cuestión de si cabría afirmar la concurrencia del presupuesto de agresión ilegítima en caso que los sujetos referidos hubiesen sido inimputables, es decir, si hubiesen sido menores de edad, o hubiesen sufrido algún tipo de alteración mental.

Al respecto, considero que en estos supuestos cabe claramente el ejercicio de la legítima defensa, pues a diferencia de los supuestos de imprudencia, la situación de inimputabilidad no excluye la concurrencia del dolo⁽²⁷⁾, en este sentido una agresión efectuada por sujetos de estas características pese a no ser culpable, es igualmente ilegítima o antijurídica⁽²⁸⁾, única

exigencia que pone la ley para que proceda esta facultad jurídica contra una agresión, por lo que en estos casos si bien tras un análisis de la estructura del delito, se les exime de pena por ausencia de culpabilidad, dicha situación no implica que el sujeto agredido vea aminorada la facultad de protección de sus bienes jurídicos. Considero una exigencia irracional que un sujeto que se halle amenazado, tenga que prolongar su acción defensiva, ante la espera de que se le facilite un certificado médico del estado mental de un individuo o una identificación que acredite la edad de aquel que no solo continúa amenazando con un arma, sino que mantiene una lesión constante sobre su integridad u otro bien jurídico.

En los hechos concretos antes referidos, se indica que los sujetos ingresaron al inmueble originando la errónea creencia (por medio de engaño a las personas que se hallaban dentro del mismo), de que ellos eran religiosos. Esta conducta se encuentra dentro del carácter de acción pues no concurre fuerza irresistible, inconsciencia o actos reflejos y por el contrario, se trata de una acción voluntaria y encaminada a la agresión de bienes jurídicos.

Cabe detallar la omisión del pronunciamiento fiscal sobre la situación de ingreso al inmueble de los delinquentes, a fin de advertir las consecuencias de la situación descrita en el dictamen. La acción de ingreso pese a haber sido consentida (consentimiento que fue viciado por una acción engañosa) puede ser considerada por si misma, una agresión o ataque al bien jurídico protegido por el tipo del Artículo 159 del Código Penal⁽²⁹⁾ que sanciona la violación de domicilio, dicha situación, desde la perspectiva del agredido no constituye lesión ni peligro, pues la condición de error en la que se halla la persona que permite el ingreso al inmueble, le hace imposible advertir tal afectación; sin embargo, esta perspectiva no excluye el carácter antijurídico o ilegítimo de la acción de aquel que ingresa. Todo lo contrario sucede en el supuesto de laboratorio en el cual los sujetos por medio del engaño, hubiesen ingresado al inmueble con la intención de jugar una broma y hubiesen amenazado a las personas imprudentemente con la certeza de que las armas que

(27) El dolo es entendido como el actuar con conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. En este sentido revisar: MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARAN. *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 245.

(28) Lo cual claramente implica la posibilidad de aplicársele al sujeto otro tipo de consecuencias jurídicas en razón a su nivel de peligrosidad, como las medidas de seguridad.

(29) "El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa".

portaban eran de juguete, cuando en realidad no lo eran. En este supuesto, no concurre una acción encaminada a lesionar un bien jurídico y, por lo tanto, no cabe una defensa amparada en esta concreta causa de justificación, sin perjuicio de ello, se puede afirmar que los sujetos crean una situación de peligro, bajo la cual si existe la posibilidad de repulsión de la situación al amparo del Estado de necesidad.

La concurrencia de agresión ilegítima es más clara en lo que resta de los hechos descritos en el dictamen. De este modo, posterior al ingreso al domicilio, la amenaza con armas y la reducción de las dos personas que se hallaban en ese momento en el inmueble, constituye una manifiesta agresión tanto al bien jurídico integridad como al bien jurídico libertad personal, siendo que, como lo indica el dictamen, el uso de armas de fuego hace apreciar el carácter real de la agresión, que ya no es una mera presunción sin fundamento pues el uso de estas armas constituye un elemento suficiente para advertir objetivamente la agresión. Por otro lado, la ilegitimidad de la agresión ejercida por los delincuentes sobre Heinz Jurgen Diesner (posterior al ingreso de los delincuentes y a la reducción de la conviviente y la trabajadora del hogar) es aún menos cuestionable, pues por un lado, este sujeto fue amenazado con un arma al momento de ingreso a su domicilio, lo cual constituye un elemento objetivo suficiente para fundamentar el carácter real de la acción, asimismo el mismo sujeto es directamente atacado con gas paralizante, acto del cual ya no cabe mayor análisis por su claro carácter de ilegitimidad.

3.2.1.3. Actualidad o inminencia de la agresión

Para que opere la eximente de la legítima defensa, es necesario que aun exista la posibilidad de evitar la agresión del bien jurídico amenazado, es decir, que exista la posibilidad de defensa, tomando en cuenta que “una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente esta teniendo lugar o todavía prosigue”⁽³⁰⁾. Por un lado, la agresión seguirá siendo actual mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado, la agresión aún debe suponer un peligro próximo y no debe haber desaparecido al consumarse la lesión primigenia. De este modo, está permitida la defensa frente a un ladrón que acaba de huir con el bien sustraído, en vista de que la agresión al bien

jurídico patrimonio será actual si el delincuente no tiene total disposición del bien en su esfera patrimonial, de alcanzar esta condición, ya no cabe la defensa legítima.

No será necesario, sin embargo, la presencia de una tentativa, es decir, efectuar todos los actos ejecutivos del delito, bastará con que existan indicios suficientemente claros de la proximidad de la lesión (que esta sea inminente), y que una mayor espera implique para aquel que se defiende, que sus posibilidades de defensa se vean considerablemente disminuidas. Sin embargo, el carácter de inminencia que refiero, debe ser el más próximo a la tentativa, es decir, “la estrecha fase final de los actos preparatorios próximos a la tentativa”⁽³¹⁾, no cabe la defensa frente a actos de planeamiento, pues estos no tienen el carácter de agresión actual o inminente y el sujeto que actué ante tal plan no tiene las facultades de la eximente referida. Particular es el supuesto en el cual la jurisprudencia alemana afirma la procedencia de la legítima defensa, considerando que existe una agresión actual, cuando pese a que la conducta aun no ha lesionado derecho alguno “(...) puede transformarse inmediatamente en una lesión, de tal manera que el aplazar la acción defensiva también podría hacer peligrar el éxito de esta”⁽³²⁾, esta procedencia de la legítima defensa es desarrollada por la denominada teoría de la defensa eficaz.

Asimismo, cabe el ejercicio de la legítima defensa en el supuesto en que una agresión este formalmente consumada pero pese a ello, aun continúe, debido a que la agresión no esta aún materialmente agotada. Como mencione en los párrafos precedentes, dicho supuesto es posible debido a que, la agresión debe ser típica, de este modo, muchas de las agresiones típicas son conductas permanentes, caso en el cual persiste la agresión al bien jurídico hasta que no se deje de incidir en la esfera jurídica del individuo.

Cierto es, que las amenazas con arma de fuego a pesar de que no ser efectivamente un daño a la integridad o la vida, pueden ser consideradas una amenaza inminente, pues según lo antes afirmado, una amenaza de esta naturaleza, puede transformarse efectivamente en una lesión a la integridad o a la vida y el aplazar una acción defensiva podría implicar un fracaso para la protección del bien jurídico en peligro.

Por otro lado, con referencia a las dos personas que fueron reducidas posterior al ingreso al inmueble,

(30) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 618.

(31) *Ibid.*; p. 661.

(32) *Ibid.*; p. 620.

la conducta agresora que afecto el bien jurídico libertad individual se consumó formalmente al haberlas atado, sin embargo, la agresión al bien jurídico seguirá siendo actual en tanto estas sigan atadas y amenazadas. Cuestión parecida se da en el ataque efectuado directamente contra el sujeto sobre el cual se vierte gas paralizante, la conducta agresora ya fue realizada, sin perjuicio de ello, la afectación a su bien jurídico integridad aún es actual y permanente en vista a la extensión de los efectos de la sustancia vertida.

Esta actualidad o permanencia de la afectación de los bienes jurídicos hacen posible que cualquiera de los sujetos pasivos de la agresión, estén facultados de repelerla y amparar su acción en la legítima defensa.

El requisito de actualidad o inminencia que refiero, es el que distingue a la legítima defensa de la venganza, por lo tanto no se podrá alegar legítima defensa si posterior a la agresión ilegítima, se intenta lesionar al agresor, en este caso la acción defensiva no es legítima, y cualquier acción posterior a la agresión ilegítima debe estar reservada al Estado, titular del ejercicio de la violencia.

De este modo, en el supuesto que el sujeto hubiese llegado a su domicilio, al ver a su esposa y empleada de servicio reducidas y al advertir la presencia de los presuntos criminales, este sujeto hubiese optado por buscar un arma de fuego, si al llegar con dicha arma, estos sujetos ya hubiesen estado de huída sobre un vehículo, disparar contra ellos ya no podría ser catalogado como una defensa legítima, pues en este caso la agresión ya no es actual, situación que no ha sido del caso in examine.

3.2.1.4. Agresión ilegítima

Como ya referí, la agresión ha de ser antijurídica o ilícita y este carácter ha de determinarse con relación a la protección jurídico penalmente estipulada. Asimismo, es posible alegar la agresión ilegítima independientemente de que el autor sea culpable o no, como es el caso de un inimputable (un insano, un niño, etcétera). La agresión deberá ser dolosa, no se podrá hablar de legítima defensa cuando se trate de repeler

una situación de peligro generada por una acción imprudente ante la cual cabe la justificación de estado de necesidad.

3.2.1.5. Peligro o lesión de la persona y sus derechos defendibles

Si bien se cree que el análisis de los derechos defendibles con la eximente en mención, debe hacerse dentro del marco de la acción de defensa este análisis corresponde a la agresión ilegítima dado que lo que se quiere saber es “sobre que bienes jurídicos ha de recaer una agresión para que surja la posibilidad de que una reacción contra la misma pueda estar, en principio, amparada por la legítima defensa”⁽³³⁾.

La norma glosada previamente, no pone límite alguno referente a cuales son los bienes jurídicos que al ser afectados hacen posible el ejercicio de la legítima defensa, una interpretación meramente literal de esta norma trae como consecuencia afirmar que “Son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales (...) no es preciso que los bienes estén protegidos jurídico penalmente”⁽³⁴⁾ de este modo, aparentemente es en principio defendible todo interés protegido jurídicamente. Sin embargo, considero que en vista que la legítima defensa otorga la facultad de actuar “con durísimas posibilidades de reacción que concede la eximente”⁽³⁵⁾, solo debe darse la posibilidad de ejercicio ante la agresión de bienes protegidos jurídico penalmente, asimismo el tipo de afectación a estos bienes jurídicos debe ser típico, los bienes jurídicos defendibles deben estar vinculados necesariamente con una agresión ilegítima (o agresión típica). En este sentido, es claro advertir que las agresiones referidas en el dictamen *sub examine*, se hacen no solo con respecto a bienes jurídicos protegidos penalmente, sino respecto de agresiones que se ajustan a la modalidad tipificada con la cual se protege el derecho a la vida, a la integridad física⁽³⁶⁾ y a la libertad personal⁽³⁷⁾.

Cabe señalar, al igual que gran parte de la doctrina, que no son defendibles las pretensiones o bienes jurídicos de naturaleza contractual,

(33) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 129.

(34) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 623.

(35) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 528

(36) Artículo 121. Lesiones graves. “El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves: 1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima”.

(37) Artículo 152. Secuestro. “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad”.

denominados derechos relativos pues de lo contrario “cualquier acreedor podría imponer su derecho violentamente”⁽³⁸⁾, lo cual constituiría un traslado arbitrario y excesivo del monopolio de la violencia que posee el Estado, la autotutela debe caber en supuestos muy estrictos.

Respecto a la afectación de los denominados “bienes jurídicos de la comunidad” tampoco se hace posible el ejercicio de la legítima defensa, como se mencionó, uno de los fundamentos de esta causa de justificación es la defensa de la prevalencia del derecho, esta defensa será posible en casos en que se afecten bienes jurídicos de la comunidad; sin embargo, estos solo serán defendibles bajo el amparo de la legítima defensa solo si conjuntamente “se ha de proteger un bien jurídico individual”⁽³⁹⁾ que se haya visto afectado directamente, al haberse ejercido una agresión sobre un bien jurídico colectivo.

En este orden de ideas, no cabe afirmar que existe una agresión ilegítima presupuesto de la legítima defensa en el caso de afectación de bienes jurídicos de la colectividad, pues son solo defendibles los bienes jurídicos individuales, es decir de sujetos concretos, y este es el sentido de la legislación nacional vigente que afirma la posibilidad de defensa de un tercero, siendo una exigencia tácita que “este sea un determinado y concreto sujeto de derechos”⁽⁴⁰⁾, lo cual no significa que se le atribuya menor importancia a los bienes de la comunidad, sino que la defensa a estos bienes jurídicos es de competencia de los órganos del Estado pues ante los bienes jurídicos colectivos “(...)el Derecho recela de la capacidad de enjuiciamiento del particular y la intervención de este sería muy peligrosa; porque en vista de esos peligros la defensa sería en muchos casos inidónea, pues sería más perjudicial que beneficiosa para los bienes comunitarios; y porque, cuantitativo- cualitativamente, el peligro y la necesidad de defensa es mucho menor en los ataques a bienes jurídicos comunitarios que en los dirigidos contra bienes jurídicos personales”⁽⁴¹⁾, es por ello que reafirmo que solo cabe legítima defensa en tanto la agresión a bienes comunitarios “pueda implicar simultáneamente un ataque contra el individuo”⁽⁴²⁾. En el caso concreto, es fácil advertir que la conducta constituye también

una afectación al bien jurídico seguridad pública, siendo este claramente un bien jurídico de la comunidad, pues el solo hecho de portar armas, (excluyendo momentáneamente la amenaza) se ajusta con el tipo del Artículo 279 que prohíbe la tenencia de materiales peligrosos⁽⁴³⁾. Sin embargo, la defensa no es posible con respecto a esta agresión concreta y solo será posible en cuanto haya una amenaza pasible de ser calificada como agresión que atente contra un bien jurídico individual.

Finalmente, el dictamen se remite a la norma, al momento que afirma que un criterio de valoración del medio empleado en la defensa consiste en la intensidad y peligrosidad de la agresión, posteriormente refiere el hecho de que la defensa se hizo en base al presupuesto de agresión, no solo hacia el sujeto sino a su familia. Esto podría llevar a un entendimiento erróneo del sentido de la norma, pues el ejercicio de la defensa pudo ser factible, aún en el caso que el sujeto no hubiese advertido que su esposa también era agredida, la disminución cuantitativa de afectados no hace a la agresión menos intensa o peligrosa como lo exige la norma, esta es peligrosa por el bien jurídico afectado y por los medios empleados.

3.2.2. La acción de defensa

3.2.2.1. Alcance de la acción de defensa

En la acción de defensa catalogada como legítima solo pueden ser incluidas las lesiones provocadas respecto a los bienes jurídicos del agresor, no respecto de bienes jurídicos de un tercero, ante una afectación a un tercero mínimamente se puede aplicar la eximente del Estado de Necesidad.

Asimismo, hay legítima defensa cuando el agresor hace uso del bien jurídico de un tercero como arma de ataque. Sin embargo, no cabrá legítima defensa si se utiliza a una persona como objeto de la agresión y esta no tiene la voluntad de agredir, pues en este caso se podrá hablar sólo de un estado de necesidad en vista de que se ha generado una situación de peligro. Caso distinto sucede si esta persona es coaccionada para agredir a un individuo ya que en este caso si cabe hablar de un acto voluntario contra el cual es totalmente

(38) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 624.

(39) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 625.

(40) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 533

(41) *Ibid.*; p. 543.

(42) *Ibid.*; p. 548.

(43) El que, ilegítimamente, fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

posible ejercer legítima defensa. En los hechos materia del dictamen se advierte que la acción de defensa es ejercitada solo por uno de los agredidos contra el bien jurídico vida e integridad de cada uno de los agresores

3.2.2.2. Necesidad de defensa y necesidad racional del medio empleado

La situación de agresión que he mencionado, debe requerir el uso de la defensa para proteger a la persona o a sus derechos y el uso racional de algún medio para repeler la agresión. Debe entenderse este requisito en un doble sentido:

a) Necesidad en abstracto

Ante una agresión en principio debe ser necesario la necesidad de defenderse de alguna forma, lo que se dará simplemente ante la advertencia de una agresión ilegítima que pone en peligro a la persona o los derechos de uno o de terceros. Se afirmara la existencia de una necesidad abstracta cuando “la agresión obligue a hacer algo para impedirla, aunque pueda evitarse por medios no lesivos”⁽⁴⁴⁾.

En este sentido, de los hechos materia de análisis se puede advertir que el solo ingreso al inmueble del señor Heinz Jurgén Diesner, hacía potencialmente necesaria una defensa en sentido abstracto, sin embargo, la situación de error en la que se mantuvo a la persona que permitió el ingreso solo hizo posible advertir esta necesidad al momento a las dos personas que se hallaban dentro del inmueble (la conviviente y la trabajadora del hogar). Por otro lado, modificando el supuesto materia de análisis y asumiendo que aquellos que ingresaron al inmueble no atacaron con gas paralizante, sino que amenazaron a las personas que se hallaban en la morada con armas que eran manifiestamente de juguete, este sería un ejemplo claro de tentativa inidónea ante la cual falta toda necesidad de defensa, pues no concurre una mínima necesidad en sentido abstracto.

b) Necesidad concreta de defensa

Este sentido se refiere a la necesidad del medio defensivo empleado. La exigente exige “necesidad racional” lo que no debe ser confundido con proporcionalidad, en este sentido, la necesidad de defensa “no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido”⁽⁴⁵⁾. El carácter de racionalidad no es posible ser determinado de forma abstracta sino que dependerá de la situación concreta

y de sus circunstancias. En este sentido, regula actualmente el Código Penal que concretamente califica como exento de responsabilidad penal a aquel que “(...) que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: (...) b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”.

De este modo, en principio, es posible afirmar que la necesidad del medio empleado en el caso concreto es racional, al momento en que el señor Jurgén Diesner utiliza el arma blanca para repeler el ataque sufrido por parte de los delincuentes. Es claro que en este caso la urgencia del momento no permite un cálculo de todas las posibilidades de defensa para repeler la agresión.

El carácter de racionalidad referido, deberá apreciarse *ex post* conforme a la situación personal y a un criterio medio general de actuación, pues se trata de un concepto abierto que deberá ser cerrado por el órgano jurisdiccional.

Por otro lado, cabe referir que la necesidad concreta de defensa faltará “cuando el sujeto pueda claramente utilizar un medio de defensa menos lesivo”⁽⁴⁶⁾, ello siempre y cuando tengamos en consideración las circunstancias en las que se da la acción de defensa. El sujeto deberá elegir el medio menos dañoso y peligroso del que dispone sin que ello signifique que rehuya la agresión, el agredido no tiene la exigencia de correr con el riesgo, y en tanto, una defensa mas benigna implique un peligro para el agredido, este puede acudir a un medio más agresivo.

De esta manera, si un anciano de 80 años ataca a un hombre de 25 años en óptimas condiciones físicas, una repulsión por medio de un disparo con arma de fuego no podría ser catalogado como racional.

3.2.3. Falta de provocación suficiente

La provocación, se trata de un concepto más amplio que el de agresión. Esta consiste en un comportamiento voluntario del sujeto que induce o motiva a la agresión ilegítima y no es necesario que este constituya delito o tentativa, basta que la provocación se dirija a la afectación de un bien jurídico no siendo requisito su protección penal, esta provocación debe guardar “una estrecha conexión temporal y una adecuada proporción con la agresión que provoca”⁽⁴⁷⁾. La provocación requiere de una

(44) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 440.

(45) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 632.

(46) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 440.

(47) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 644.

apreciación objetiva desde el bien jurídico posible de ser afectado, no desde la subjetividad o conciencia del autor. Asimismo, esta debe ser suficiente, de este modo, “concorre provocación suficiente cuando la misma hace desaparecer la necesidad de defensa del derecho por el provocador”⁽⁴⁸⁾. No existe provocación por el simple hecho que una persona se sienta personalmente mortificada o moralmente afectada por la conducta de otro sujeto, si bien en la agresión ilegítima se exige afectaciones típicas, en el caso de la provocación, esta solo será de tal relevancia para restringir el ejercicio de la legítima defensa si afecta a un bien jurídico, no siendo necesaria la protección jurídico penal.

Por otro lado, la provocación puede ser tanto “intencional como imprudente”⁽⁴⁹⁾; sin embargo, ha de ser “suficiente”. En general, se ha interpretado la suficiencia como aquella adecuada, lo cual significa que desde un criterio objetivo que la provocación aparece como apta para llevar a la agresión ilegítima.

La provocación suficiente trae consigo que aquel que se defiende ante una agresión, no puede alegar legítima defensa, pues él mismo provocó la agresión, lo cual sin embargo no significa que el agresor sea legítimo. Si la provocación no es suficiente se podrá ejercer sin ninguna cuestión la legítima defensa.

Asimismo, existen supuestos en los cuales la provocación se hará con el objeto concreto de que el otro sujeto reaccione con una agresión y de este modo “poder dañarle bajo la protección de la legítima defensa”⁽⁵⁰⁾. Estos supuestos, según la doctrina dominante están excluidos también del amparo de esta causa de justificación y conllevará a la responsabilidad penal del provocador, en tanto su provocación sea antijurídica.

Como mencione líneas arriba, en los hechos del dictamen referido se cumplen con los presupuestos de la agresión ilegítima y tanto el sujeto que efectivamente se defendió, como las otras dos personas agredidas, se encontraban en la posibilidad de ejercer la facultad de la eximente de la legítima defensa,

Ahora, con respecto a la acción de defensa, la Fiscalía hace referencia a que esta es ejercida por aquella persona sobre la cual se vierte gas paralizante, haciendo la salvedad de que ha quedado demostrada la falta de provocación suficiente que haya hecho posible restringir su derecho de defensa.

La acción de defensa se efectuó en el momento en que se llevó al propietario del inmueble a la cocina a fin que se lavara la sustancia paralizante que le fue inferida, momento en el cual la víctima repele la acción agresora contra los delincuentes. El dictamen manifiesta su posición de que el medio de defensa constituyó un medio racional para la defensa dadas las circunstancias; sin embargo dicho pronunciamiento, no hace un mayor análisis sobre este aspecto y tampoco analiza expresamente, aunque si se deduce, el elemento necesidad de la defensa, elemento que pese a que no se halla literalmente como exigencia en la norma antes glosada, es una exigencia que se halla implícita, dada la necesidad del presupuesto de agresión. En este sentido, puedo referir que en el momento del ejercicio de la defensa, se puede advertir que aún persistía la agresión ilegítima a los bienes jurídicos de las personas que se hallaban en el inmueble, pues los delincuentes aún permanecían en el inmueble y en su continua amenaza con armas de guerra, entonces, hasta ese momento existía en principio una necesidad abstracta de defensa. La necesidad del medio empleado se da en atención a que en los hechos no solo se advierte una agresión constante, sino que al momento de ejercer la defensa, por lo menos no se desprende de los hechos, no existía claramente la posibilidad de usar un medio de defensa menos lesivo.

Esta necesidad del medio, en vista de los hechos descritos no es cuestionable si se omite analizar un hecho que el mismo dictamen describe, pero del cual no hace mayor detalle, es decir, cuando los presuntos criminales al advertir que el sujeto pasivo padecía de problemas respiratorios por la sustancia que se le había inferido, permiten que el agredido vaya a la cocina y se eche agua al rostro. De dicha situación se advierte la posibilidad de dos supuestos distintos que de modo hipotético refiero y que conllevarían a consecuencias distintas.

Por un lado, si la amenaza con arma continuó al momento de permitir al agredido ir a lavarse el rostro, la agresión aun era real, lo cual hace posible afirmar la necesidad de la defensa; sin embargo, si ya no había amenaza con un arma y más aún, los extraños trataban de ayudar a que cese el efecto de su otra agresión, por lo cual no es posible afirmar que un ataque a los delincuentes un ataque a los extraños pueda ser

(48) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*

(49) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ariel, 1989. p. 209.

(50) ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 639.

(51) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 241.

amparado en toda su medida por esta eximente, de esta manera “Si el primitivo agresor cesa en su ataque (...), ha cesado la situación de legítima defensa por haber desaparecido el peligro para el primitivo agredido, aunque este no se de cuenta, y si prosigue en su reacción el defensor esta cometiendo un exceso (extensivo) contra el que cabe legítima defensa al primitivo agresor”⁽⁵¹⁾.

Asimismo, en el dictamen se hace referencia que “los bienes jurídicos que estaban en peligro eran de igual equivalencia del que finalmente fue afectado, por lo que la respuesta al ataque se encuentra justificada dada la peligrosidad de los denunciados”. Pese a que esta afirmación es meramente descriptiva, la encuentro poco pertinente, pues hacer una referencia a la proporcionalidad, puede llevar al erróneo entendimiento de que la justificación y eximente que otorga esta defensa, se debe a que el bien jurídico afectado es de igual valor al de la agresión, lo cual si bien puede ocurrir en los hechos, no es un presupuesto para la operatividad de la legítima defensa. De este modo, en el supuesto que el sujeto encontrara a los delincuentes en una tentativa de violación de su esposa, pese a que el bien jurídico agredido sería el de la libertad sexual e incluso la integridad física, si en ese momento no se hallaba un medio menos lesivo para repeler la agresión, hubiese podido ejercerse la defensa por medio de un ataque al bien jurídico vida y pese a no existir la misma proporcionalidad entre estos bienes jurídicos, igualmente operaría la eximente.

3.3. Los límites de la legítima defensa permitida

Las restricciones de la legítima defensa deben efectuarse teniendo en cuenta sus fundamentos, por tanto, en unos casos estos límites se basan en la disminución del interés en la afirmación del Derecho y en otros se basan en la extrema disminución del interés de autoprotección. No es posible afirmar que concurre la legítima defensa cuando uno de los fundamentos desaparece totalmente.

3.3.1. Agresiones no culpables o con culpabilidad sustancialmente disminuida

Como hice mención, las agresiones no culpables también dan derecho a legítima defensa. En estos casos, no es predominante el interés de la afirmación del ordenamiento jurídico, pues en estos supuestos el

fundamento de la legítima defensa radica principalmente en la facultad de autodefensa. Pese a las facultades que implica la legítima defensa, la doctrina alemana plantea tres topes que hay que observar en la defensa frente agresiones de niños, enfermos mentales, ebrios sin sentido, personas que obren en error invencible o en estado de necesidad⁽⁵²⁾.

El agredido tiene que esquivar, cuando sea posible hacerlo sin peligro cuando mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor. Así, no estará requerido matar a un agresor enfermo mental de un disparo cuando sea posible esquivar sin peligro la agresión empujándole.

Hay que buscar el auxilio para repeler con menos dureza la agresión. De esta manera, quien frente a la agresión de niños, podría recurrir a la policía, no debe sacar un arma de fuego para protegerse del agresor.

Asimismo, no se pueda conseguir ayuda, se debe hacer lo necesario para protegerse frente agresores no culpables, pero hay que tener ciertas consideraciones. Pues se deberá asumir el riesgo de sufrir daños leves, antes de pasar de la defensa con los puños al uso de armas de fuego; sin embargo, esta exigencia tiene ciertos límites porque nadie tiene que dejarse lesionar ilimitadamente aunque se trate de un enfermo mental o un menor de edad.

3.3.2. La agresión provocada antijurídicamente por el agredido

Existen supuestos en los cuales un sujeto provoca a otro para cometer una agresión aparentemente defensiva, con intención de dañarle y luego hacer uso del amparo de la legítima defensa, esta figura es denominada como “*actio ilícita in causa*” y su concurrencia excluye totalmente la legítima defensa, pues dicha conducta es considerada “un abuso del derecho y sostiene la responsabilidad penal del agredido por el daño doloso al agresor”, pese a esto, la provocación referida debe ser antijurídica, en este sentido incluso aquel que actúe con la intención de provocar al afectado, “en el ejercicio de su cargo, conserva plenamente su derecho a la legítima defensa”⁽⁵³⁾, es decir, si actúa conforme a derecho.

3.3.3. La agresión irrelevante

En los supuestos en que el interés de autoprotección experimenta una extrema aminoración,

(52) En este sentido: ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 638.

(53) ROXIN, Claus. *Loc. cit.*

deberá negarse el interés extenso en la afirmación del derecho, porque no puede constituir el sentido del ordenamiento jurídico, permitir la defensa de bienes de escaso valor a costa de importantes lesiones del agresor. Este tipo de supuestos se puede dar claramente, ante la concurrencia de un delito de bagatela. En este sentido, no es que en dichos casos sea imposible ejercer una acción bajo el amparo de la legítima defensa, sino que las facultades extremas que esta otorga se verán restringidas, pues respecto a la defensa, “el límite se sitúa allí donde la defensa resulta peligrosa para la vida”⁽⁵⁴⁾.

Cierto es, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico protege el patrimonio; pero al existir distintos grados de afectación a este bien jurídico, no puede afirmarse que las afectaciones de grado bastante leve puedan llevar a la posibilidad de un ejercicio de la legítima defensa, sin ningún tipo de restricción. Quizá esta posición puede parecer contradictoria con la afirmación antes efectuada, en el sentido que “la legítima defensa no exige proporcionalidad entre el bien jurídico que se agrede y el bien jurídico que se afecta con la defensa”; sin embargo, creo que es una posición ineludible pues la interpretación sistemática de la norma penal y las estipulaciones constitucionales que afirman el alto rango de la vida humana”, hacen necesario tenerla en cuenta al momento de analizar las conductas defensivas. En este mismo sentido, el profesor alemán Jeschek afirma que la legítima defensa no concurrirá cuando exista una desproporción inadmisibles entre el bien jurídico atacado y la lesión o puesta en peligro del agresor. Pese a las afirmaciones vertidas, tampoco se sostiene que la legítima defensa sea totalmente suprimida ante agresiones de grado leve, sino que ha de estar restringida en cuanto a la protección de la vida.

3.3.4. Agresiones enmarcadas dentro de relaciones de garantía

Otro supuesto límite de la legítima defensa, es aquel caso en que los intervinientes en las agresiones tengan una relación paterno filial o incluso una relación conyugal, supuesto en el cual existirá una posición de garante. En dichos supuestos, el agredido conserva su derecho a la legítima defensa, pero el interés en el prevalecimiento del derecho retrocede ante el deber de

consideración humana mientras haya una relación de solidaridad entre los implicados. Esto se da en la medida que, “la posición de garante aún no ha sido anulada por la acción incorrecta de su pareja, la conjunción del derecho de defensa y del deber de protección ha de repercutir en una limitación inmanente a la legítima defensa en caso de medidas defensivas peligrosas para la vida”⁽⁵⁵⁾. Una restricción de esta naturaleza solo continuará, en la medida que la agresión ejercida por uno de los sujetos no sea tan grave que anule el deber de solidaridad que se tiene con el agredido, por lo tanto, la defensa será necesaria cuando exista un riesgo de lesión grave a la integridad o se trate de agresiones continuas.

En este orden de ideas, no bastará tan sólo con que exista un vínculo jurídico conyugal para mantener esta posición de garante, pues es posible que la pareja se halle separada o divorciada, incluso hay supuestos como el de los convivientes, en los cuales si bien no hay vínculo jurídico matrimonial “también hay que afirmar la existencia de un deber de consideración recíproca que restringe la legítima defensa”⁽⁵⁶⁾.

De este modo, en el supuesto de un conflicto de pareja, si uno de ellos se exalta e intenta agredir a su cónyuge, el otro puede tratar de protegerse con otra agresión, incluso a costa de causar alguna lesión, amparado en su derecho de ejercer la legítima defensa; pero en vista que la posición de garante del agredido aún no ha sido anulada por la acción incorrecta de su pareja, debe ejercerse una acción defensiva parametrada, por lo cual el agredido no puede defenderse afectando o lesionando bienes jurídicos de su pareja de modo ilimitado, sino que en un caso concreto debería tratar de esquivar los golpes o conformarse con emplear medios defensivos menos peligrosos. Los límites referidos solo rigen si la agresión no anula los deberes de solidaridad del agredido, ya que en el supuesto que una mujer sufra constantes agresiones por parte de su cónyuge, ya no tiene un deber de solidaridad y su facultad de defensa ya no se ve limitada, por eso incluso podría protegerse haciendo uso de una arma de fuego, si es que las circunstancias o los hechos lo hiciesen necesario. Del supuesto vertido en el dictamen, queda claro que no existe límite alguno al ejercicio de la eximente de la legítima defensa que tenga como base alguna relación de garantía.

(54) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 646.

(55) *Ibid.*; p. 652.

(56) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 654.

3.4. Elemento subjetivo en la legítima defensa

La legítima defensa, tal como lo indica el profesor Claus Roxin “requiere el elemento subjetivo de justificación que consiste en conocer y el querer los presupuestos objetivos de la situación. El sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima”⁽⁵⁷⁾; sin embargo, no es preciso que el sujeto este guiado por el ánimo de defensa sin que concurren otros móviles. El desconocimiento de la situación de defensa haría aplicable una eximente incompleta y siguiendo a la doctrina alemana se debería de tratar como una tentativa inidónea.

La doctrina causalista orientaba su atención exclusivamente en que la actuación del sujeto este objetivamente amparada por una situación de justificación dejando de lado cualquier criterio subjetivo, ya que para esta doctrina la antijuricidad es un elemento valorativo objetivo. Sin embargo, tal como refiere Bustos Ramírez, esta afirmación es producto de una confusión ya que si bien la “antijuricidad es un juicio valorativo objetivo esto no dice nada acerca de su contenido y las causas de justificación en cuanto están referidas a actos y circunstancias con significación, no son meros procesos causales, por lo que necesariamente han de contener un elemento subjetivo”⁽⁵⁸⁾.

A efectos didácticos, cabe citar, el supuesto bastante usado de la mujer que derriba a un ladrón en la oscuridad pensando que era su esposo que regresaba de encontrarse con su amante. Desde un punto de vista objetivo estamos frente a una situación de legítima defensa. Por lo tanto, siguiendo a la teoría causalista nos encontramos frente a un hecho plenamente justificado. Sin embargo, “es evidente que quién actúa ha tenido dolo de cometer un delito y lo ha traducido en acciones ejecutivas”⁽⁵⁹⁾. Debido a esto, la doctrina dominante, bajo influencia del finalismo, se inclina por la teoría de los elementos subjetivos de justificación, por lo cual una causa de justificación debe ser analizada en su carácter subjetivo como objetivo. Será suficiente, que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante, entonces, la conciencia de producir algo conforme a derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto⁽⁶⁰⁾.

Por lo tanto, cuando falta el elemento subjetivo, es decir, cuando el sujeto actúa objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación justificante, habrá que darle un tratamiento distinto. La doctrina actualmente dominante propone dos opciones: Tentativa inidónea y la aplicación de la eximente incompleta. Existirá tentativa inidónea cuando en la conducta del sujeto falte el elemento subjetivo de justificación, es decir, que actúe objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación de justificación, en tal sentido no responde penalmente ya que la tentativa no es castigada.

Por otro lado, se aplicará la eximente incompleta cuando el hecho no se halle justificado y en tanto concorra el desvalor de la acción propia de la peligrosidad *ex ante* (peligro de una situación objetivamente indeseable), pero deberá atenuarse la pena en vista de que es menor el desvalor del resultado (que no afecta a lo injusto del hecho pero sí a su punibilidad). Si la actuación, es imprudente no responderá penalmente ya que el desvalor de la acción es impune sino concurre el desvalor de resultado.

3.5. Legítima defensa de terceros o auxilio necesario

La legítima defensa puede ejercerse por cualquiera en favor de un tercero que este siendo agredido. Esta afirmación se hace en vista que esta defensa es permitida, no solo por la literalidad de la Artículo 2 inciso 3 del Código Penal peruano que como ya glose afirma como posibilidades “la defensa jurídica de bienes propios o de terceros”. Los presupuestos en este último caso son iguales al de la autodefensa, sin embargo cabrá la posibilidad de legítima defensa de terceros y el análisis de sus presupuestos, “en la medida que el agredido quiera ser defendido”⁽⁶¹⁾, si este no quiere ser defendido alguna acción defensiva por parte de tercero se vera excluida de la justificación. Asimismo, se debe diferenciar la legítima defensa de terceros de otros supuestos particulares donde dicha figura no concurre, de esta manera tratándose de bienes jurídicos disponibles si el agredido “no considera correcto solucionar el conflicto a costa del agresor no esta permitida la legítima defensa (...) Si el agredido no solo quiere soportar, sino que consciente en el ataque, en

(57) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 441.

(58) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras Completas. Op. cit.* p. 202

(59) ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 597

(60) En este sentido ver: MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 420 y ss.

(61) *Ibid.*; p. 661

caso de bienes disponibles, el ataque pierde ya su antijuricidad”⁽⁶²⁾. Sin perjuicio de esto debe quedar claro que ante bienes jurídicos indisponibles, “es irrelevante la voluntad del agredido”⁽⁶³⁾.

La legítima defensa de terceros, no solo cabe cuando el agredido tiene una voluntad real de querer la acción de defensa ejercida por otro, sino que cabe aun cuando “el agredido no puede adoptar una decisión o no se puede averiguar su voluntad, pero teniendo en cuenta las preferencias del agredido cabe presumir que no se decidiría por soportar el ataque”⁽⁶⁴⁾. Por otro lado, desde la perspectiva del agredido, este no podrá rechazar la defensa de un tercero “cuando este disponga de un medio menos lesivo y con su ayuda se pueda evitar por ejemplo el uso de un arma de fuego; pues, en este supuesto ya no será necesaria una defensa del propio agredido”⁽⁶⁵⁾.

En el caso materia de análisis, todos los agredidos, por la actualidad de la afectación se hallaban en posibilidad de ejercer la defensa tanto propia, como de terceros; sin embargo, de los hechos se desprende que la acción defensiva solo fue ejercida por el señor Heinz Jurgén Diesner, el cual repelió la agresión, tanto de un bien jurídico propio, como el de un tercero, en vista de que conocía la situación de agresión de su conviviente y su empleada.

3.6. Excesos en la legítima defensa

Cabe cuestionarse después de todo el desarrollo temático efectuado ¿cómo operan los límites establecidos en la estructura de la legítima defensa en la praxis? ¿Qué implicancias trae el incumplimiento estricto de los presupuestos de la defensa?.

El incumplimiento de los presupuestos de la acción de defensa trae como consecuencia, la concurrencia del exceso en la misma. Al respecto, la doctrina indica que “Quien se excede lo hace dolosamente (...) su disminución de la pena es (...) por una menor relación del sujeto con la norma prohibitiva. Es decir, hay menor antijuricidad en aquel que se excede”⁽⁶⁶⁾.

El exceso en la defensa puede ser tanto extensivo como intensivo, a saber:

a) Exceso extensivo

Este exceso ocurre cuando la defensa se prolonga durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión, se trata de un exceso en su virtualidad lesiva. El exceso extensivo extingue tanto la legítima defensa completa como la exigente incompleta.

De este modo, si la defensa de Heinz Jurgén Diesner del modo como esta descrito en los hechos del dictamen, hubiese sido suficiente para ocasionar la huida de los delincuentes, existirá un exceso en la defensa si se les hubiese perseguido hasta alcanzarlos y efectivamente agredirlos

b) Exceso intensivo

Este exceso está relacionado con la necesidad racional del medio empleado. La agresión es actual pero la defensa pudo y debió adoptar una intensidad lesiva menor. En este caso, al faltar un requisito no esencial se aplicará la atenuante de la exigente incompleta.

Desde esta perspectiva, se advierte el caso de un individuo que golpea a otro, por tener algunas diferencias y el agredido saca su arma y le dispara. Aquí el agredido debió esquivar al agresor o responderle con un medio menos lesivo.

En estos supuestos la exigente no será total, sino que será incompleta, siendo aplicable el artículo 21 del Código Penal que a la letra dice “En los casos del artículo 20, cuando no concurren algunos de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

3.7. Suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa o la Legítima defensa Putativa

Este supuesto concurre, cuando el sujeto “cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa”⁽⁶⁷⁾, caso en el cual merecerá el tratamiento “propio de todo error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación (...) si el error es vencible concurrirá imprudencia y si no lo es, impunidad”⁽⁶⁸⁾.

(62) JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 489.

(63) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 661.

(64) JAKOBS, Gunther. *Derecho Op. cit.*; p. 489.

(65) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 661.

(66) DONNA, Edgardo Alberto. *El exceso en las causas de justificación*. Buenos Aires: Astrea, 1985. p. 99.

(67) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 444.

(68) MIR PUIG, Santiago. *Loc. cit.*

Sin embargo, no actuará antijurídicamente, por tanto no habrá lugar a error cuando *ex ante*, aparezcan como concurrentes las causas de justificación; aunque *ex post* resulte desvirtuada la apariencia inicial. Quien actúa correctamente, según los datos existentes en el momento de su acción no obra antijurídicamente.

4. A modo de conclusión

En vista a los hechos advertidos y la relación efectuada con el estado de la cuestión en términos normativos y doctrinales, es innegable que la legítima defensa es una figura jurídica compleja, en la cual la relevancia del agredido excluyente de la posición del agresor es solo aparente, los límites establecidos por la propia figura, hacen advertir que no se deja de lado la protección, como en el caso concreto, de valores y principios constitucionales vida e integridad, por lo cual el agresor primigenio no ve anulados sus derechos, pese a que tenga que soportar la acción defensiva de otro, en la medida que esta se mantenga fuera de la esfera de los excesos.

El ejercicio de las acciones de defensa, son situaciones valoradas positivamente y reflejadas no solo en un simple querer colectivo, sino en la regulación concreta, por medio de la cual se da un carácter absolutamente legítimo a acciones defensivas que a fin de cuentas implican graves afectaciones o incluso la destrucción de un bien jurídico. Sobre esta figura jurídica hay acuerdo sobre sus consecuencias, sin embargo hay discordancia en la interpretación de sus presupuestos, algunos normativos y otros brindados por la doctrina. Queda entonces de pie, la afirmación de que la legítima defensa constituye una causa de justificación, de exclusión de antijuricidad y cual sea la terminología utilizada, finalmente implica la consecuencia de la desaparición de la ilicitud de una conducta.

La referencia a la complejidad de la legítima defensa, como se ha podido advertir, se halla dos aspectos principales de esta figura, (sin perjuicio de sus consecuencias), es decir, las facultades amplias que brinda y los límites estrictos establecido por su propia estructura y presupuestos. Por lo tanto, la legítima defensa implica el otorgamiento por parte del ordenamiento jurídico de facultades amplias de defensa, pero ejercidas bajo estrictos presupuestos que de no cumplirse implican que la acción defensiva no será una facultad legítima, sino por el contrario el ejercicio de violencia con contenido de injusto, que fácilmente se puede ajustar a algún tipo, materia de reproche penal.

Es por esta complejidad, que ante situaciones de agresiones ilegítimas es siempre necesario analizar detalladamente la conducta tanto de aquel que arremete, como de aquel que ejerce la defensa, pues esta figura jurídica se caracteriza por su legitimidad mutable, de tal modo que una acción defensiva que en un momento gozaba del carácter de legitimidad en otro momento puede pasar a ser una agresión tan ilegítima como la agresión primigenia ejercida. Este cambio de legitimidad a ilegitimidad puede darse no solo por la acción de defensa que se exceda a los límites que referí líneas arriba, sino también por la conducta del agresor ilegítimo primigenio, que no se vera indeterminadamente impuesto a soportar una defensa que exceda tanto en la duración como en la intensidad, más aún cuando su posición de agresor ilegítimo ya no se puede afirmar.

En casos concretos como el presentado en el dictamen, donde se atentan contra bienes jurídicos como la vida, libertad individual e integridad, el hecho de atentarse contra bienes jurídicos tan cercanos al individuo, cuya afectación podría tener efectos irreversibles y que ciertamente causan más conmoción social que otro tipo de afectaciones, implican e inciden de algún modo en la predisposición interna que tiene el órgano jurisdiccional o fiscal al momento de analizar tanto la situación de agresión ilegítima, como la defensa misma.

Considero que el dictamen materia de análisis goza de un grado de detalle de los hechos y análisis jurídico mayor que otros fallos advertidos; sin embargo, ese grado de detalle en los hechos probados no ha sido suficiente para dilucidar ambas perspectivas (protección al agredido y límites de garantía al agresor) en la legítima defensa, pues no solo es necesaria la valoración positiva de la agresión ilegítima, sino la valoración negativa que se puede advertir en la no actualidad de la agresión y en los excesos de la acción defensiva que traen como consecuencia la exclusión de la concurrencia de la legítima defensa.

Esta figura, por la complejidad que he referido, hace necesario el análisis detallado de cada uno de los momentos de la agresión que en la medida de lo posible se puedan probar, pues dichas situaciones, por la predisposición del órgano judicial, recurrentemente no son analizadas con mucho detalle, siendo que, la sola presencia de una agresión ilegítima incuestionable en la mayoría de casos y su valoración positiva, condiciona un fallo respecto a una acción defensiva, la cual en la mayoría de casos se cataloga como ejercida correctamente. ⁴⁵