

§ 13 Antijuricidad

I. Antijuricidad e ilicitud. II. Antijuricidad formal y material. III. Carácter objetivo de la antijuricidad. IV. Causas de justificación. V. Elementos subjetivos de las causas de justificación. VI Legítima defensa. 1. Introducción. 2. Regulación legislativa. 3. La agresión. a. Carácter ilícito de la agresión. b. Agresión inminente, actual o presente. c. Bienes jurídicos protegidos. 4. Defensa. a. Necesidad de la defensa. b. Racionalidad de la defensa. b.1. En general. b.2. Sistema alemán. b.3. Dos casos particulares. c. Jurisprudencia. 5. Falta de provocación suficiente. 6. Voluntad de defenderse. 7. Legítima defensa de terceros. 8. Legítima defensa presunta (excursus). VII. Estado de necesidad justificante. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad y legítima defensa. 3. Peligro. a. Actualidad del peligro. b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro. 4. Proporcionalidad. a. Bienes jurídicos. b. Preeminencia del bien salvado. 5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente. 6. Deber de soportar un peligro. 7. Medio adecuado. 8. Casos particulares. 9. Elemento subjetivo. 10. Conflicto de deberes jurídicos. 11. Estado de necesidad putativo. VIII. Otras causas de justificación. 1. Evolución legislativa. 2. Disposición de la ley. 3. Cumplimiento de un deber. 4. Ejercicio legítimo de un derecho. a. Teoría. b. Ejemplos. 5. Cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente. a. Ámbito civil. b. Ámbito militar. 6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo. a. Ejercicio legítimo de un cargo. b. Ejercicio legítimo de un oficio. 7. Autorización de la autoridad competente.

I. Antijuricidad e ilicitud

Por influencia alemana³²⁸, se distingue entre *Unrecht* y *Rechtswidrigkeit*. 1370 Este último término es traducido al español, en general, mediante el neologismo “antijuricidad” o “antijuridicidad”³²⁹. Con él se señala la característica de la acción de no ser conforme al orden jurídico. Para traducir el vocablo *Unrecht*, se recurre, con frecuencia, al término “injusto”, pero utilizado como sustantivo: el o lo injusto. Esta palabra no es bastante clara, en la medida que significa “no justo o no equitativo”, expresión de nítida connotación moral. Por eso, es preferible emplear el término ilicitud que significa “cualidad de ilícito”, y que debería utilizarse en el sentido de lo penalmente ilícito.

La antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación con 1371 todo el orden jurídico. No es una categoría propia del ámbito penal, sino una noción común a todos los dominios del derecho. Por esto, las normas permisivas, con independencia de su naturaleza (civil, administrativa o pública) la excluyen respecto a todo acto, incluso el conforme a un tipo penal. Así sucede con el art. 423, inc. 3 del CC que regula el derecho de corrección que tienen los padres frente a sus hijos menores en el marco de la patria potestad. Esta prerrogativa, en la medida en que sea utilizada de manera moderada, puede constituir una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho, art. 20, inc. 8) respecto a las privaciones de la libertad (delito contra la libertad individual) que sufran los hijos cuando, por ejemplo, son castigados prohibiéndoles salir de casa antes de realizar las tareas escolares.

³²⁸ WELZEL, 1969, p. 52; ROXIN, 2006a, § 14 N° 1; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 ss., N° 51; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 1 ss., § 25 I 2 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 281.

³²⁹ MIR PUIG, 1998, p. 112; QUINTERO, 2002, p. 277; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 506 ss.

- 1372 Así mismo, las causas de justificación penales (p. ej., la legítima defensa) son eficaces respecto a todos los ámbitos jurídicos. Dicho de otra manera, la declaración según la cual la acción, a pesar de ser típica, no es antijurídica por existir una de aquellas causas, no sólo se limita al derecho penal. La consecuencia práctica de gran importancia es que la permisividad de un hecho debe ser analizada en relación con todo el orden jurídico, porque en cualquiera de sus ámbitos puede encontrarse una causa de justificación³³⁰.
- 1373 Por el contrario, la ilicitud es una categoría propiamente penal, pues, supone la tipicidad del acto y su carácter antijurídico. Como la antijuricidad es la disconformidad de la acción con las normas del ordenamiento jurídico, el resultado de tal confrontación sólo puede ser la comprobación según la cual el acto es lícito o ilícito.

II. Antijuricidad formal y material

- 1374 Se entiende por antijuricidad formal la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal (p. ej., “no matar” en relación con el art. 106). Por antijuricidad material, se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal³³¹. Este perjuicio no sólo debe ser comprendido en sentido natural, como producción de un daño a determinado objeto de la acción (p. ej., muerte de una persona o daños a una cosa), sino también como contradicción al valor ideal que protege la norma jurídica (la dignidad de la persona en el caso de los delitos contra el honor)³³². En este sentido, la antijuricidad material y la noción de ilicitud se contraponen a la antijuricidad formal (contradicción del acto con la norma).
- 1375 Una acción es, en el nivel formal, lícita o ilícita. Son dos categorías excluyentes. Por esto, es inconcebible graduar el carácter ilícito del comportamiento. Al contrario, la ilicitud es graduable según la gravedad de la acción típica (p. ej., el juicio de valor negativo es más intenso respecto al acto de

³³⁰ ROXIN, 2006a, § 14 N° 31; JAKOBS, 1991, 11/1; GARCÍA CAVERO, 2003, p. 611 ss.

³³¹ ROXIN, 2006a, § 14 N° 4 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 I 1 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 24 N° 20; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 ss. N° 50; 1996 § 8, N° 15; SCHULTZ, 1977 I, p. 146; HIRSCH, en LK vor § 32, N° 12 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCHELL, 2003, § 16 N° 2 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 569 ss. POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 501 ss.; QUINTERO, 2002, p. 279 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 342.

³³² ROXIN, 2006a, § 14 N° 7.

matar una persona que al de insultarla)³³³. Lo mismo sucede con la antijuricidad material, que por estar determinada por la ofensa a un bien jurídico, puede ser graduada teniendo en cuenta la importancia de la lesión o de la puesta en peligro de este bien.

La noción de antijuricidad material es de particular importancia, sobreto- 1376
do en política criminal. Su influencia práctica³³⁴ es notoria en tres aspectos: En primer lugar, en la interpretación de los tipos legales, lo que permite, por ejemplo, comprender mejor los casos agrupados bajo la denominación “adecuación social”, en los que la acción puede ser, en el nivel formal, conforme al tipo legal. Es el caso, por ejemplo, de los insultos en el ámbito familiar que no lesionan el bien jurídico y, por lo tanto, no son conformes al tipo legal. En segundo lugar, en la individualización de la pena, debido a que al hacer posible la graduación de la ilicitud, la noción de antijuricidad material facilita la determinación de la culpabilidad del agente. En ambos aspectos resulta importante tener en cuenta la influencia que puede ejercer la intervención de la víctima en la realización del delito o en la intensidad del injusto (en razón a la ponderación de los bienes jurídicos protegidos). En este sentido se pronunció la Corte Suprema en una sentencia³³⁵ determinando que “quien es responsable de una situación de conflicto [...] debe soportar la consecuencia de su actuación antijurídica”. Y, en tercer lugar, la influencia práctica de la antijuricidad material se advierte tanto en la comprensión de la índole, como de la amplitud de las causas de justificación, en cuanto facilita su apreciación y la posibilidad de admitir otras de las previstas expresamente en la ley penal.

La importancia del papel práctico de la noción de antijuricidad material se 1377
manifiesta en el principio de lesividad, previsto en el art. IV, según el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En este contexto, hay que juzgar también el criterio que niega o disminuye 1378
la importancia de la distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal. Si bien es cierto que, en principio, la ilicitud (tipicidad y contradicción con el orden jurídico) como la antijuricidad (ausencia de causas de justificación) son criterios igualmente normativos, no hay que olvidar que la primera está condicionada por la mayor o menor intensidad de la

³³³ BACIGALUPO, 1997, p. 251.

³³⁴ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 I 3.

³³⁵ ES del 27 de abril de 1998, Exp. N° 4986-97-Lima, en ROJAS, 1999a, p. 284.

acción típica. Ahora bien, es en efecto este carácter socialmente nocivo de la acción el que permite graduar su ilicitud. Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho pero desde perspectivas y niveles diferentes; así mismo, necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se les debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuricidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuricidad formal.

III. Carácter objetivo de la antijuricidad

- 1379 Durante mucho tiempo³³⁶, la antijuricidad ha sido considerada en relación con la acción, concebida como un mero hecho causal. De donde, se dedujo que era de índole objetiva en oposición al carácter subjetivo atribuido a la culpabilidad. Ésta era referida al autor y se le comprendía como un fenómeno psicológico.
- 1380 Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la misma estructura de los tipos legales muestra con frecuencia que el carácter ilícito del comportamiento está determinado tanto por las modalidades con las que el acto es realizado, como por algún elemento de naturaleza subjetiva (factor de carácter personal) o por ambas circunstancias a la vez. Además, los elementos subjetivos son también objeto del juicio de valor en el que consiste la antijuricidad. Por esto los juristas, en la actualidad son contestes en que para calificar la acción como ilícita es indispensable tener en cuenta ciertos elementos personales³³⁷. De modo que para la determinación de la antijuricidad es decisivo el carácter no valioso del resultado (*lato sensu*) y de la acción.
- 1381 Debe rechazarse³³⁸ la posición extrema que pretende fundamentar la ilicitud sólo en la índole no valiosa de la acción³³⁹, por considerar que el aspecto decisivo es la desobediencia del agente a la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico, desconociendo así la importancia del carácter no

³³⁶ BELING, 1930, p. 12 ss.; MEZGER, 1924, p. 245 ss.; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss.; KRAUSS, 1964, p. 38 ss.

³³⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 4; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 52; MAURACH/ZIPE, 1992, § 17 N° 1; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss.; NOLL, 1955, p. 29 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 113 ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO, 2002, p. 289 ss.

³³⁸ ROXIN, 2006a I, § 14 N° 93; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 I 1 ss.; KRAUSS, 1964, p. 61 ss.; MAURACH/ZIPE, 1992, § 24, N° 20; JAKOBS, 1991, 11/7.

³³⁹ ZIELINSKY, 1973, p. 128 ss.; HORN, 1973, p. 78 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 219 ss.; KAUFMANN, 1974, p. 40 ss.; SCHAFFSTEIN, 1974, p. 559 ss.

valioso del resultado. En la práctica legislativa, al elaborar los tipos penales, el legislador otorga mayor o menor importancia a uno de estos aspectos. En los delitos de pura actividad, por ejemplo, se tiene sobre todo en cuenta la naturaleza lesiva del comportamiento como tal (así, penetrar en morada ajena). Lo mismo sucede con la tentativa (no producción del resultado), que es reprimida con menos severidad que el delito consumado. Pero la tendencia de dar la prioridad a la acción no valiosa en detrimento del resultado de valor negativo y, por lo tanto, de reprimir cada vez con mayor frecuencia la simple desobediencia de la norma sin lesión o puesta real en peligro del bien jurídico tutelado (delitos de peligro abstracto), debe ser limitada exigiendo que se respete con celo tanto el principio de la *ultima ratio* como el de la afectación de un bien jurídico (art. IV).

Reconocer mayor peso al carácter no valioso del acto en detrimento del va- 1382
lor negativo del resultado tiene como efecto admitir el carácter personal de la antijuricidad, concebida sólo como el menosprecio del agente respecto a la prohibición de su acto. Según este criterio, el injusto (ilicitud) del hecho está determinado por la finalidad de la voluntad del autor³⁴⁰. Si bien no es correcto sostener que dicho criterio comporta una vuelta al “derecho penal del ánimo” o al “derecho penal del autor”³⁴¹, sí implica un riesgo de borrar la separación entre antijuricidad y culpabilidad. El carácter no valioso del resultado es reducido a nivel de una condición objetiva de la punibilidad. En efecto, la primera es un juicio sobre el acto típico (comprendido el aspecto subjetivo) y la segunda, un juicio sobre el autor. Mediante la expresión de “ilícito personal” sólo debe comprenderse que los elementos subjetivos del tipo legal (así como los de las causas de justificación) son así mismo determinantes para formular el juicio de valor que califica de ilícito al acto típico. En esta perspectiva, la doctrina dominante admite que el dolo (voluntad dirigida hacia un resultado) influye en la determinación del carácter ilícito de la conducta. En los delitos dolosos, entonces, se puede admitir que “se prohíbe aquella voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a sabiendas de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible”³⁴².

La afirmación del aspecto personal del ilícito no implica, por lo tanto, que 1383
se niegue el carácter objetivo de la ilicitud. Esta característica no debe ser,

³⁴⁰ WELZEL, 1969, p. 58.

³⁴¹ ROXIN, 2006a, § 6 N° 1 ss.

³⁴² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 4 c; LAMPE, 2003, p. 208.

sin embargo, entendida en el sentido de que el juicio de valor tenga sólo como objeto el aspecto exterior de la acción, con la exclusión de todo factor personal del agente. Lo determinante es que dicha valoración se haga siempre en relación con la violación de las exigencias generales que la norma jurídica impone *erga homines*³⁴³. También porque “la lesión del derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor de la estructura de la motivación del autor”³⁴⁴.

IV. Causas de justificación

- 1384 Las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas³⁴⁵. Prevén situaciones excepcionales en las que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). Así, se admite, en consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- 1385 Siempre se ha tratado de sistematizar las causas de justificación. Tanto con el objeto de fundamentarlas debidamente, como para destacar principios generales comunes a todas ellas que permitan estatuir nuevas justificantes. Se distinguen dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. Según el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio³⁴⁶. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. También deben considerarse monistas, los sistemas fundados en la idea utilitarista de “más provecho que daño social”³⁴⁷ o en el criterio, muy afín a esta idea, de la “confrontación de intereses” (hay que salvar el más importante de los intereses en conflicto)³⁴⁸. En oposición a estas opiniones, los partidarios del sistema pluralista³⁴⁹ fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De esta manera, se consideran de un modo alternado,

³⁴³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 4 c.

³⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 24 III 5; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 ss., N° 120; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 142.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 711 ss.

³⁴⁵ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 468 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 275; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 31 I 2; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss., N° 4; QUINTERO, 2002, p. 466 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 417 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 196 ss.

³⁴⁶ LISZT/SCHMID, 1912, p. 186 ss.; NOLL, 1965, p. 9; SCHMIDHÄUSER, 1975, 9/13.

³⁴⁷ SAUER, 1956, p. 56.

³⁴⁸ NOLL, 1965, p. 9.

³⁴⁹ MEZGER, 1967, p. 204 ss.; ROXIN, 2006a, § 14 N° 41 ss.; JAKOBS, 1991, 11/3 ss.

según la situación particular, la “falta de interés”, el “interés preponderante”, la “confrontación de bienes” y el fin permitido³⁵⁰.

Ambos tipos de sistemas son compatibles, se diferencian sólo en un nivel 1386 de abstracción acentuada. Los principios son formulados de manera tan general, que pierden importancia tanto en la teoría como en la práctica. Así, dichas fórmulas no indican, por ejemplo, cómo identificar el medio adecuado o el fin justo, o de qué manera precisar cuál es el comportamiento menos dañino socialmente; mediante qué procedimiento detectar cuál es el valor, el interés o la pretensión más importante o predominante en un caso concreto³⁵¹. Ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación conforme a principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de ellas en particular, pues, éstas se basan en diversas combinaciones de factores³⁵². Esta solución está, por cierto, condicionada por los constantes cambios de la vida social que influyen en la determinación de lo que es socialmente positivo o dañino. Por esto es imposible elaborar un sistema completo de causas de justificación, así como de establecer una lista exhaustiva de los principios que las fundamentan³⁵³.

Las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no 1387 sólo la ley penal³⁵⁴. Este criterio ha sido profundizado por los juristas alemanes porque su anterior Código las enumeraba de manera incompleta. La jurisprudencia germana admitió, por ejemplo, que el §. 20 del Proyecto CP alemán de 1925 debía ser considerado como derecho vigente. Nuestro CP de 1924 estableció expresamente que la ley, en general, era el fundamento de las causas de justificación (art. 85, inc. 5). Sin embargo, la ley no constituye todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto típico podía ser buscada en todos sus ámbitos. A pesar de que el Código vigente no contiene un precepto similar al derogado art. 85, inc. 5, en la actualidad se admite este razonamiento y emplea la expresión “causas de justificación supraleales”. Su necesidad resulta del hecho de que la enumeración contenida en la ley no es exhaustiva. Su admisión, por lo tanto,

³⁵⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 31 III 3.

³⁵¹ ROXIN, 2006a, § 14 N° 41.

³⁵² JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 31 I 2, § 31, II, 3; BACIGALUPO, 1997, p. 254; ROXIN, 2006a, § 14 N° 41.

³⁵³ ROXIN, 2006a, § 14 N° 42; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 31 II 3.

³⁵⁴ ROXIN, 2006a, § 5 N° 42; GROPP, 1997, § 6 N° 20.

no significa una violación o abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.

- 1388 En los códigos penales modernos, se ha tenido cuidado con reglar separadamente las causas de justificación de las de inimputabilidad, de no culpabilidad y de falta de acción. Conforme a este criterio, se regularon, en el Proyecto de 1985 (agosto), en sendos capítulos, los aspectos negativos de la infracción: la falta de acción (art. 11), las causas de justificación (arts. 12 a 16), la inimputabilidad (arts. 17 a 21) y las causas de no culpabilidad (arts. 27 a 32).
- 1389 Sin embargo, este criterio no ha sido conservado en el texto definitivo del Código, tal vez porque se ha pensado que dicha clasificación debía ser obra de la doctrina y que el legislador no debía decidir sobre cuestiones de orden teórico. De esta manera, se ha mantenido la sistemática del CP de 1924 que provenía del CP de 1863, inspirada a su vez en el CP español de 1848-50. En el Capítulo III del Título I del Libro Primero del Código, bajo la denominación de “Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal” (art. 20 a 22), se regulan las causas de justificación junto con las demás referidas a la inimputabilidad e imputabilidad restringida, al estado de necesidad; al obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo; al acto ejecutado en cumplimiento de una orden obligatoria y expedida en el ejercicio de sus funciones; al obrar bajo la influencia de una fuerza física irresistible, un miedo insuperable o con el consentimiento de la víctima. Evidentemente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción es, evidentemente, contraria a una correcta técnica legislativa.

V. Elementos subjetivos de las causas de justificación

- 1390 De acuerdo con la tesis de la antijuricidad objetiva, carece de importancia que el agente sepa o no que actúa bajo el amparo de una causa de justificación. El acto es justificado por el simple hecho de su conformidad material con el ordenamiento jurídico. Así, se considera que quien causa una lesión al agresor sin saber que es agredido y, de esta manera, salva su bien jurídico amenazado, no debe ser sancionado.
- 1391 El reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo legal y de las causas de justificación han permitido superar esta concepción³⁵⁵. Las normas que

³⁵⁵ MIR PUIG, 1998, p. 420 ss.; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 522 ss.

prevén estas últimas tienen la misma estructura que las que incriminan comportamientos: aspecto objetivo y aspecto subjetivo. El obrar en legítima defensa supone, por un lado, la realización de los elementos objetivos (agresión ilícita, defensa proporcionada, falta de provocación, etc.) y, por otro, la voluntad de defender el interés puesto en peligro por el agresor.

La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y, en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante³⁵⁶. Cuando se sabe que se obra para proteger un bien jurídico se realiza un acto valioso y, por lo tanto, lícito³⁵⁷. Esto sucede cuando se conocen las circunstancias materiales que condicionan y limitan la causa de justificación en cuestión. Poco importa que quien se protege haya actuado (en legítima defensa), por ejemplo, sólo motivado por el fin específico de defenderse. Consciente de la agresión ilícita, puede reaccionar por la cólera provocada por la agresión. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por la voluntad de castigar merecidamente al agresor que por la de defender a la víctima. Basta el “dolo” de actuar de manera justificada, es decir, con el conocimiento de la situación excepcional, constituyente de la causa de justificación³⁵⁸. Parte de la doctrina considera que basta se tenga como probable su existencia.

Si el agente carece de esta conciencia en el momento de actuar, pero concurren los presupuestos y elementos objetivos de la causa de justificación, debe considerarse que sólo incurre en tentativa. Pero como las circunstancias hacen que falte el resultado no valioso, se trata de un delito imposible (impune según el art. 17).

Las disposiciones de nuestro Código pueden ser interpretadas de manera coherente según los criterios expuestos. Por ejemplo, el art. 20, inc. 3, que prevé la legítima defensa dice: “el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros...”. No se exige de manera expresa que el agente actúe sólo por el motivo particular de defenderse o de defender a otro. Por lo tanto, basta que sea consciente de las circunstancias que caracterizan la situación de legítima defensa: “agresión ilegítima”, “necesidad racional del medio empleado” y “falta de provocación”. Lo mismo puede decirse respecto al estado de necesidad - causa de justificación (art. 20, inc. 4).

³⁵⁶ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 275 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 31 IV 2; JAKOBS, 1991, 11/18; MIR PUIG, 1998, p. 420 ss.

³⁵⁷ LACKNER/KÜHL, 1999, § 32 N° 6; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss., N° 14; BOCKELMANN/VOLK, 1979, § 15 B I 2 e; ROXIN, 2006a, § 14 N° 94 ss.

³⁵⁸ ROXIN, 2006a, § 14 N° 100.

VI. Legítima defensa

1. Introducción

- 1395 La legítima defensa ha sido generalmente prevista en las diversas legislaciones³⁵⁹. Sobre sus aspectos esenciales, no hay diferencias radicales entre la regulación legislativa y las explicaciones de la doctrina. La discusión gira sobre su fundamento y la extensión de su ámbito de aplicación.
- 1396 En la Constitución (art. 2, inc. 23), se ha previsto, singular e incorrectamente, el derecho a la legítima defensa como uno de los derechos fundamentales de la persona³⁶⁰. Respecto a éstos últimos, hay que recordar que son facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad de los individuos³⁶¹. Constituyen, en consecuencia, una categoría aparte de los demás derechos, sobre los cuales priman.
- 1397 El derecho a defenderse no debería, pues, ser elevado al nivel de los derechos humanos, porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos. De esta manera, se desnaturalizaría la legítima defensa y se abrirían las puertas a los excesos que se tratan, con razón, de evitar, mediante su regulación en el Código. Además, se incurre en un error de técnica legislativa al insertarse, de modo inconveniente, una regla (indicando cómo se debe o no se debe actuar) cuando es preferible reservar la Constitución para, sobre todo, establecer principios (relativos a los derechos).
- 1398 Aun un Estado policiaco no puede proteger ni garantizar la protección de la persona y de sus bienes de manera absoluta y permanente. Por esto un Estado democrático, en particular, debe reforzar el orden jurídico reconociendo, de un modo excepcional, a cada persona, el derecho a protegerse y de proteger a terceros. Además, de esta manera se reafirma la preeminencia del derecho frente a lo ilícito y se refuerza la función preventiva del derecho penal³⁶², porque así se evidencia que la vulneración del orden jurídico implica siempre el riesgo de una reacción contra los derechos del agresor.

³⁵⁹ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 73 ss.

³⁶⁰ RUBIO CORREA/EGUIGUREN PRAELI/BERNALES BALLESTEROS, 2010, p. 633 ss.

³⁶¹ PÉREZ LUÑO, 1988, p. 46.

³⁶² ROXIN, 2006a, § 15 N° 2; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 I 2.

De la mayor o menor importancia que se reconozca a uno de estos aspectos respecto a los demás, dependerá qué condiciones deben satisfacerse para considerar que se trata de una legítima defensa y, en consecuencia, de una causa de justificación del comportamiento típico realizado. 1399

2. Regulación legislativa

En el art. 20, inc. 3, se ha previsto la legítima defensa, siguiendo la estructura del art. 85, inc. 2 del CP de 1924, elaborado conforme sobre todo a los incs. 4 y 5 del art. 8 del CP de 1853. Los cambios son de inspiración suiza. En cuanto a la forma, ambos textos son bastante similares, en especial en la manera de establecer las condiciones en que debe ejercerse la legítima defensa. El pf. 1 ha sido, sin embargo, simplificado, reemplazándose la vieja fórmula “en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro” por la de: “en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros”. La legítima defensa presunta, incorporada a nuestro sistema mediante el DL N° 23404, del 27 de mayo de 1982, no ha sido mantenida en el Código actual. 1400

Actúa en legítima defensa quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa³⁶³. 1401

El aspecto objetivo está constituido por una situación de peligro creada por la agresión ilícita y la acción destinada a neutralizarla; mientras el aspecto subjetivo, por la voluntad de defenderse o de defender a terceros. Esta voluntad expresiones implícita al hecho de “obrar en defensa de”. La situación de peligro (estado de necesidad en sentido amplio, desvalimiento) supone, por un lado, una agresión ilícita, actual o inminente y, por otro, un bien jurídico preponderante que deba ser protegido. 1402

3. Agresión

Se trata de un comportamiento³⁶⁴ dirigido a lesionar o poner en peligro un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. Es la obra de una persona física³⁶⁵, 1403

³⁶³ ES del 12 de marzo de 1998, RN N° 4045-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 135 ss.; ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 138 ss.

³⁶⁴ LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 10 ss.; LOGOZ/SAN DOZ, 1976, art. 33, N° 2 b; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 127; SCHULTZ, 1982b I, p. 158; GERMANN, 1943, p. 215; COLMENERO, Art. 20, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 203 ss.

³⁶⁵ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 212 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 4;

por tanto, no de una persona jurídica o del Estado. En estos casos la legítima defensa sólo es posible respecto a las personas que constituyen sus órganos (p. ej., directores, funcionarios, policías, militares) y que cometen la agresión ilícita³⁶⁶. Además, siendo ésta una acción, no es posible concebir la legítima defensa respecto al peligro que proviene de un animal (salvo que sea utilizado como instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción en sentido jurídico penal (p. ej., un hecho producido en estado de inconsciencia debido al consumo de alcohol u otra droga). En estos casos, se trataría más bien de un estado de necesidad.

1404 La agresión puede consistir en una omisión impropia³⁶⁷, por el contrario, se duda respecto a la omisión propia³⁶⁸. En el primer caso, quien omite tiene el deber de garante y, por lo tanto, la obligación de evitar el resultado³⁶⁹. En consecuencia, es posible obligarlo a intervenir. Pero la defensa puede consistir también en evitar de modo directo el resultado que el obligado no quiere descartar. Las vacilaciones respecto a la omisión propia son injustificadas 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 en grave e inminente peligro de muerte (art. 126), 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 jurídicamente³⁷⁰. Sin embargo, hay que tener en cuenta el tipo legal específico. Así, en relación con el previsto en el art. 159, el inquilino que permanece en el bien inmueble al vencimiento del contrato de alquiler no comete violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando la legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación de su bien.

1405 En algunas situaciones especiales, se presentan dudas sobre la existencia misma de la agresión. Esto sucede, en la denominada legítima defensa putativa. Por ejemplo, el agente, creyéndose atacado, lesiona a quien esgrime un arma blanca en su dirección pero sin intención de dañarle. El

VILLA STEIN, 2008, p. 353.

³⁶⁶ ROXIN, 2006a, § 15 N° 7.

³⁶⁷ Cfr. *infra* N° 1962 ss.

³⁶⁸ Cfr. JAKOBS, 1991, 12/21.

³⁶⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 1 a; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 6; GROPP, 1997, § 6 N° 68; ROXIN, 2006a, § 15 N° 13; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 74.

³⁷⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 1 a; diferente ROXIN, 2006a, § 15 N° 13.

error sobre las circunstancias materiales en que incurre el causante de la lesión indica que carece de voluntad de hacer algo ilícito. Sólo debería ser reprimido por culpa si hubiera podido evitar la equivocación. En cuanto a la defensa, la cuestión es saber si el agente que la practica, en la creencia que es atacado, basta para admitir que el lesionado hubiera podido ejercer su derecho a defenderse. En este supuesto no se da una legítima defensa porque falta el elemento de la agresión y no porque ésta no fuera ilícita.

La legítima defensa putativa debe ser tratada según los requisitos de la legítima defensa misma, y no a la luz del art. 21, que estatuye: “En los casos del art. 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al *mínimum legal*”. Este artículo coloca a un mismo nivel todos los elementos que son necesarios para que se dé la legítima defensa (agresión ilegítima, racionalidad en el medio empleado para repeler la agresión y falta de provocación suficiente de quien ejerce la defensa). Por tanto, no es aplicable cuando falta la agresión ilegítima, ya que la misma existencia de la legítima defensa depende de la presencia de esta circunstancia, que es su presupuesto. En la práctica, se aplica, pues, a los casos en los que hay exceso en la defensa³⁷¹, que implica una disminución del injusto³⁷². 1406

a. Carácter ilícito de la agresión

El adjetivo “ilegítima”, utilizado en el texto legal, para calificar a la agresión debe ser entendido en el sentido de ilícito, injusto, y no sólo en el sentido de su disconformidad con las leyes. Como ya hemos indicado³⁷³, ilícito (antijurídico) significa en general contrario al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no sólo a las leyes (*stricto sensu*)³⁷⁴. 1407

Se trata de cualquier agresión contraria al orden jurídico. No basta, en consecuencia, constatar que el comportamiento en cuestión amenaza la inte- 1408

³⁷¹ Cfr. *infra* N° 1812 ss.

³⁷² Cfr. JAKOBS, 1991, 12/64.

³⁷³ Cfr. *supra* N° 1370 ss.

³⁷⁴ TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 126 ss.; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 33 N° 2 b; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 71; ROXIN, 2006a, § 15 N° 14 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 16 ss.

gridad de un bien jurídico. La legítima defensa es imposible frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación. Así, no se da contra un acto realizado en legítima defensa; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse. El carácter ilícito está dado porque tanto el actuar del agresor como el riesgo creado respecto a un bien jurídico individual no son valiosos. Es entonces indispensable que, además del posible resultado, la acción sea contraria al orden jurídico. Por ejemplo, el 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 soportar el atropello (situación de peligro).

- 1409 Por el contrario, no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el orden jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor moroso, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y alegando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino mal pagador³⁷⁵. Ambos deben recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos.
- 1410 La agresión puede ser culpable o no³⁷⁶. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no sólo cuando se trate de un comportamiento culpable³⁷⁷. No es pues acertada la idea, inspirada por Manzini, según la cual “es indispensable que provenga [la agresión] de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento”. Por el contrario, la jurisprudencia, conforme a la opinión dominante, ha admitido la legítima defensa en favor de una madre que reaccionó contra un sujeto “sordomudo” e “imbécil – agresivo” para proteger a su hija menor. Las calidades personales del agresor debe ser consideradas al juzgarse la proporcionalidad de la defensa. El atacado, consciente de esta circunstancia, debe reaccionar con mesura. Ciertos autores alemanes³⁷⁸ sostienen el criterio opuesto, estimando que sólo mediante un comportamiento culpable

³⁷⁵ ROXIN, 2006a, § 15 N° 12.

³⁷⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 24; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 327; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 72.

³⁷⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 1 a.

³⁷⁸ OTTO, 1998, § 8, N° 19; JAKOBS, 1991, 12/16 ss.

se puede alterar el orden jurídico. Además, consideran que sólo el agente culpable puede comprender por qué debe soportar la reacción de quien se defiende³⁷⁹. En los demás casos, piensan que es más conveniente recurrir a la noción de estado de necesidad. Contra este criterio, hay que señalar que también los comportamientos no culpables perturban el orden jurídico y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el de descartar esta perturbación.

b. Agresión inminente, actual o presente

Según el art. 20, inc. 3, lit. b, el agente debe impedir o repeler la agresión. 1411 Esto supone, de modo evidente, una situación que puede ser tanto aquella que implique la inminente realización del ataque o su real inicio, como aquella en que la agresión subsista debido a la acción del agresor³⁸⁰. No basta que éste se encuentre en los inicios de sus preparativos para agredir, sino que debe estar a punto de ejecutar la agresión. La defensa supone que un bien jurídico esté en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de un delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados “preparatorios”, a condición de que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio. Este no es el caso cuando el futuro agresor compra un arma o se informa sobre los hábitos cotidianos de la futura víctima, ni cuando se limita a amenazarla con un peligro futuro y lejano. Sin embargo, no hay que esperar el momento en que ya es demasiado tarde para repeler el ataque o en que ya sólo es posible rechazarlo sufriendo un grave daño.

El agredido debe reaccionar mientras dure el ataque de que es víctima. Una 1412 vez que la situación ilícita creada por el agresor cese, ya no cabe la legítima defensa, pues, el perjuicio ha sido consumado y es realmente imposible impedir o repeler una agresión ya pasada. Sin embargo, este momento no debe ser confundido con el de la consumación de una infracción. En este caso, el criterio determinante es el establecido en el tipo legal respectivo (criterio formal de consumación), el mismo que puede prever un delito instantáneo, permanente o de estado. La legítima defensa también debe ser admitida hasta los momentos posteriores en los que el agresor continúa material-

³⁷⁹ JAKOBS, 1991, 12/16.

³⁸⁰ ROXIN, 2006a, § 15 N° 21 ss.; GROPP, 1997, § 6, N° 77; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 18 a; JAKOBS, 1991, 12/35; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 11 ss.; LOGOZ/ SANDOZ, 1976, art. 33, N° 2 a.

mente su agresión. Por ejemplo, la víctima de un hurto puede, mediante la violencia (restricción de la libertad), recuperar el bien de su propiedad en poder del ladrón que huye y quien ya se encuentra fuera del inmueble de donde ha sustraído el botín. Lo mismo debe reconocerse, respecto al caso en que el ataque subsista, porque el agresor mantiene a la víctima bajo su influencia con la intención de repetirlo o producir un daño más grave (p. ej., el agresor sexual que quiere continuar violando a la víctima).

- 1413 Un caso de agresión que se prolonga en el tiempo es el de los delitos permanentes³⁸¹. Lo mismo sucede cuando la infracción no ha sido agotada. Por ejemplo, la violación de domicilio se consuma con la penetración o la permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste, en la segunda hipótesis, hasta que el agente se retire.
- 1414 Un caso particular es aquel en el que la consumación formal coincide con la consumación material; por ejemplo, las injurias recíprocas. Por ser imposible en estas circunstancias la legítima defensa, el legislador prevé, en el art. 137, dos situaciones. La primera concierne las llamadas injurias recíprocas “proferidas en el calor de un altercado”. En este caso, el juez, según las condiciones, no sancionará a las partes o sólo a una de ellas. Mientras que la segunda se refiere a “la injuria verbal provocada por ofensas personales”. Por tratarse de normas que excluyen la represión pueden ser aplicadas por analogía a los demás incidentes en que se presente la misma situación de reacción inmediata posterior a la consumación de ciertas agresiones leves. Por ejemplo, en caso de injurias mediante gestos o vías de hecho, así como en simples vías de hecho recíprocas.
- 1415 El límite entre estos extremos no puede ser fijado *in abstracto* mediante una regla absoluta. Deberá ser establecido caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias particulares (eficacia y oportunidad de la defensa) y los fines perseguidos con el uso de la legítima defensa³⁸².
- 1416 La Corte Suprema ha considerado que no actúa en legítima defensa quien “a los pocos momentos” de ser herido arroja una piedra en la cabeza de quien lo lesionó. En su opinión, no se da esta causa de justificación “si se tiene en cuenta que la agresión [reacción]... se produjo, no en acto simultáneo... sino cuando había transcurrido algún tiempo y cuando ya había que-

³⁸¹ ROXIN, 2006a, § 15 N° 28 ss.; GROPP, 1997, § 6 N° 77; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II d; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 15; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 70.

³⁸² DUBS, 1973, p. 348.

dado concluido el ataque...”. Esta decisión es correcta sólo en su parte final, ya que no es imprescindible que la defensa sea simultánea a la agresión. La “defensa” no puede existir, y así lo reconoce la misma Corte Suprema, cuando la agresión ya se ha consumado (“cuando ya había quedado concluido el ataque”). El Código estatuye esta condición de manera implícita, pero suficiente, cuando dice: “impedir o rechazar el ataque”³⁸³.

Por último, hay que señalar que está permitido prever las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad frente a agresiones futuras e indeterminadas (defensa mecánica, ofendículo)³⁸⁴. En estos casos, hay que admitir la actualidad de la agresión si dichos medios han sido instalados para que funcionen sólo cuando se produzca el ataque. Por cierto, no deben representar un peligro inmediato y difuso para las personas en general. Por ejemplo, electrificar la cerca de una casa para impedir robos puede causar daño a cualquier peatón (niños jugando). Algunos juristas prefieren considerar que en tales circunstancias se trata del “ejercicio de un derecho” y que no debe admitirse la legítima defensa (p. ej.: ejercicio del derecho de propiedad).

c. Bienes jurídicos protegidos

Se trata de cualquier bien jurídico individual, perteneciente a una persona natural o jurídica³⁸⁵, protegido por el derecho penal o por las demás ramas del orden jurídico. Por ejemplo, los derechos inherentes a la persona protegidos por el derecho civil. El observar por la cerradura de la puerta del baño a una persona desnuda constituye un atentado contra su intimidad que, aun cuando no sea punible según el art. 154, puede dar lugar a la legítima defensa. También es posible en caso del disfrute de bienes de uso

³⁸³ En ese sentido, se pronunció la Corte Suprema mediante la ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97-Lima, señalando que si bien es cierto que el acusado confesó haber disparado, también lo es el que su conducta cae bajo los presupuesto del art. 20, inc. 3, legítima defensa, pues ha obrado para defender su propia vida. Se trata de una perfecta legítima defensa, ya que, primero, ha existido una agresión ilegítima, en la medida en que el agresor amenazó de muerte al procesado y a su hija, sometió sexualmente a ésta y finalmente atentó contra su vida; segundo la defensa ha sido racional por que el acusado, al momento del disparo, se encontraba herido y presencié la violación perpetrada contra su hija: y, tercero, no ha existido provocación de parte de quien ha efectuado la defensa, razón por la que su conducta se encuentra justificada y debe absolvérsele; Cfr. CARO JOHN, 2007, p. 372 ss.

³⁸⁴ LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 33, N° 2 a; THORMANN/von OVERBECK, 1940, art. 33, N° 5; SCHULTZ, 1982b I, p. 161; HAFTER, 1946, p. 144; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 70.

³⁸⁵ LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 4; ROXIN, 2006a, § 15 N° 30 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 69.

común: el peatón que se ve obstaculizado al tratar de utilizar una vereda pública tiene derecho a desalojar al que se lo impida. En tal caso, el bien jurídico atacado es la libertad personal de transitar.

- 1419 No son sin embargo objeto de protección los derechos derivados de un crédito o de un contrato. Quien se sienta amenazado o se considere lesionado en la ocasión del cumplimiento de uno de éstos debe recurrir a las vías que estatuye el orden jurídico. No puede hacerse justicia por sí mismo imponiendo el respeto de su derecho a través de la violencia.
- 1420 La legítima defensa tampoco es posible respecto a los bienes de la colectividad³⁸⁶, salvo que la salvaguarda de un bien individual requiera su protección simultánea. Nadie está, por ejemplo, autorizado a despojar al propietario de un kiosco de las revistas pornográficas que exhibe, aun cuando se reclame defensor del pudor público (art. 183, inc. 1). Por el contrario, es posible defender legítimamente al menor de catorce años que es incitado a la práctica de un acto obsceno (art. 183, inc. 3). También se puede impedir que alguien conduzca su automóvil en estado de ebriedad cuando un tercero corre el peligro de sufrir un grave perjuicio para su vida o salud. Pero, si esta condición no se presenta, no se puede justificar la intervención (atentado contra la libertad individual o la integridad física del conductor) alegando la legítima defensa del bien jurídico colectivo “seguridad pública” (art. 274)³⁸⁷.
- 1421 Los ataques contra el Estado, como titular de la soberanía, tampoco pueden dar lugar a la legítima defensa³⁸⁸. Ésta es posible, sin embargo, cuando los bienes jurídicos agredidos le pertenecen en su condición de persona jurídica; por ejemplo, el patrimonio³⁸⁹. Así, en caso de rebelión o sedición (arts. 346 ss.), los particulares no pueden por propia iniciativa combatir por las armas a los rebeldes o sediciosos, salvo que sus bienes jurídicos personales (vida, salud) se encuentren también en peligro. Es legítimo defender, sin embargo, a un policía o soldado que es atacado de modo ilícito. Por medio de la legítima defensa, no debe, pues, atribuirse a las personas privadas

³⁸⁶ ROXIN, 2006a, § 15 N° 36; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 1 b; JAKOBS, 1991, 12/4; GÜNTHER, en SK, AT 1, § 32 N° 51; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 6; SCHULTZ, 1982b I, p. 158 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 69.

³⁸⁷ LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 6 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 I 1 b; MAURACH/ZIPE, 1992, § 26 N° 12; SPENDEL, en LK, § 32 N° 153 ss.; SCHULTZ, 1982b I, p. 159; NOLL, 1975, p. 55.

³⁸⁸ ROXIN, 2006a, § 15 N° 40. TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 127 ss.

³⁸⁹ BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 17 N° 9.

responsabilidades propias de la Policía o de las Fuerzas Armadas. Según las circunstancias, podría recurrirse al estado de necesidad para no reprimir a quien actúa en defensa de bienes colectivos. Pero admitir el criterio contrario “conduce a consecuencias insostenibles” para el Estado de derecho³⁹⁰.

Un caso particular es el derecho a la insurgencia establecido en el art. 46, pf. 2, Const. Esta disposición estipula que “la población civil tiene derecho a la insurgencia en defensa del orden constitucional”. No obstante, este derecho no puede ser justificado ni explicado por medio de los criterios que fundamentan y delimitan la legítima defensa, pues, no se trata de una legítima defensa del Estado de derecho, sino del reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, admitiéndose incluso la reacción y resistencia contra un gobierno que no respete el Estado de derecho y, por lo tanto, los derechos fundamentales de las personas. Esta situación, por lo demás, se asemeja al estado de necesidad. 1422

4. Defensa

El art. 20, art. 3, lit. b, estatuye la “necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla [la agresión]”. Esta defectuosa redacción puede hacer pensar que este segundo factor esté sólo relacionado con el medio empleado. Pero, en realidad, se refiere a la defensa contra la agresión ilícita. Se trata de toda forma de comportamiento al que recurre quien se protege y no sólo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor. Dicho de otra manera, el vocablo “medio” debe ser comprendido, según el texto legal, como el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa. 1423

Debido a que la víctima no está obligada, moral o jurídicamente, a soportar que sus bienes sean dañados, el orden jurídico le da el derecho de defenderse contra quien se ha colocado fuera de su protección. Su reacción debe dirigirse hacia la persona del agresor³⁹¹. Si un tercero resultara afectado por su comportamiento, él puede invocar haber actuado en estado de necesidad³⁹². Aunque puede admitirse que actuó en legítima defensa, cuando el perjuicio causado a un tercero se debe a que uno de los bienes materiales de éste ha sido utilizado como medio para la defensa contra el agresor, es más conveniente aplicar en estos casos el estado de necesidad. 1424

³⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II b.

³⁹¹ GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 127; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 74; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 2 b; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 334.

³⁹² LOGOZ/ SANDOZ, 1976, art. 33, N° 5.

a. Necesidad de la defensa

- 1425 La reacción del agredido debe ser necesaria. Esto será determinado apreciando de manera general si la acción de defenderse es indispensable para descartar el peligro creado por la agresión. Es menester que el agredido la impida o repela, pero esto no significa que su acción deba suceder forzosa e inevitablemente. Puede muy bien optar por escapar de su atacante para evitar sufrir el daño que éste quiere causarle.
- 1426 El criterio de necesidad constituye un principio normativo que fija los límites de la defensa. En primer lugar, la acción de defensa debe, entre las diversas posibilidades que tiene el agredido, causar el daño menos grave al agresor³⁹³. Además, quien se defiende no está obligado a asumir el daño que trata de evitar u otro menos grave, ni a defenderse de la manera menos peligrosa en pro de un resultado incierto. Si no le queda otra alternativa, será “necesaria” la acción que realiza por ser, objetivamente, adecuada para descartar el riesgo que comporta la agresión³⁹⁴. Quien es atacado a puñadas no está obligado a defenderse de la misma manera; pero tampoco puede, de modo inmediato, disparar a matar con su arma de fuego contra el agresor. En este caso, la utilización del arma, sin previamente amenazar o advertir al atacante mediante un tiro al aire, constituye una defensa, pero no la necesaria para salvar el bien jurídico en peligro.
- 1427 La necesidad de la defensa debe ser evaluada según criterios objetivos. Con este fin debe tenerse en cuenta el contexto en que tienen lugar los hechos; es decir, tanto las circunstancias que se refieren a la persona del agresor y a su comportamiento, como las referentes a la persona del agredido; también la naturaleza del instrumento o arma empleada por el atacante y las posibilidades de las cuales dispone aquella para defenderse. Si bien ésta no está obligada a correr riesgos innecesarios, tampoco debe recurrir sin más al medio más seguro (matar al agresor) si le es posible repeler la agresión con medios menos drásticos³⁹⁵. Es evidente que esto no excluye la posibilidad de reaccionar de modo más radical si su primer acto de defensa no es eficaz.

³⁹³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 2 c; ROXIN, 2006a, § 15 N° 42; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 335; SPENDEL, en LK, § 32 N° 239; STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 75; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 25.

³⁹⁴ STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 75.

³⁹⁵ ROXIN, 2006a, § 15 N° 73 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 343; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 III 3 b; SCHULTZ, 1982b I, p. 160; STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 73 ss.; KUNZ, 1988, p. 172 ss.

La apreciación de la necesidad de la defensa debe ser realizada *ex ante* y 1428 considerando el juicio de un observador circunspecto. Esto significa que deben aplicarse criterios objetivos, en la perspectiva del momento y del lugar en que se produjo la defensa. Esta valoración es aplicada por la Corte Suprema en un caso en el que el procesado disparó contra el agraviado como única posibilidad adecuada a las circunstancias para defender la libertad sexual de su hija, “pues el acusado al momento de disparar se encontraba herido y presencié la violación perpetrada contra su hija [...] razón por lo que su conducta se encuentra justificada”³⁹⁶. En caso de un asalto a mano armada, en el que el delincuente amenaza a la víctima con un arma de fuego, no puede exigírsele a quien interviene en su defensa que compruebe antes si el arma es verdadera y si la víctima está o no en peligro. La defensa es objetivamente necesaria a pesar de que la vida o la integridad corporal del rehén no corra peligro, hecho que sólo es posible de constatar *ex post*. El error inevitable en que incurre el defensor no influye, pues, en el carácter necesario de la defensa. En todo caso, hay que destacar de que otra cosa es establecer los efectos de este error, lo cual se precisará, recién, en el momento de determinar si y cómo se sanciona al agente.

b. Racionalidad de la defensa

b.1. En general

La defensa debe ser racional, además de necesaria. Se trata de una apreciación de valor con referencia a la justicia y equidad. De esta manera, se introduce en la acción de defenderse una dimensión ética, que constituye así mismo un límite a la legítima defensa. 1429

La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad 1430 entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo.

Los medios empleados para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor 1431 deben ser equivalentes. Sin embargo, la correspondencia no necesita ser absoluta o determinada de forma matemática. La situación concreta en que se realiza la defensa debe ser examinada evitando todo formalismo. Se tomarán sobre todo en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de los medios que pueden ser uti-

³⁹⁶ ES del 24 de septiembre de 1997, Exp. N° 2493-97-Amazonas, en PRADO, 1999, p. 130.

lizados (necesidad concreta de los medios por oposición a necesidad abstracta referida a la defensa). La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido en una de sus ejecutorias, afirmando que “si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, implicando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa”³⁹⁷.

- 1432 Si en principio el derecho no debe ceder ante lo ilícito, esta regla no debe conducir a fomentar la agresividad³⁹⁸. No es una defensa racionalmente necesaria, por ejemplo, la acción del campesino que tira a matar contra niños para impedirles dañar sus cultivos. Si no se dispone de medios apropiados para proteger o preservar bienes de poco valor, entonces debe renunciarse a rechazar el ataque y optar, por ejemplo, por pedir ayuda a terceros o alejarse del lugar de la agresión. Lo mismo puede decirse de quien, en lugar de apartar mediante un empujón al retardado mental³⁹⁹ que trata de agredirlo, le causa heridas graves.
- 1433 La legítima defensa no supone la obligación de inhibirse de impedir o de repeler la agresión ilícita (p. ej., mediante la fuga o pidiendo socorro a la policía), pero tampoco debe ser la ocasión para que el agredido ponga en evidencia su fuerza y dé ejemplo de valentía⁴⁰⁰. Si tiene la posibilidad de neutralizar a su agresor solicitando simplemente ayuda a la policía o a terceros que se encuentran en el lugar de los hechos, debe hacerlo. De otro modo, su reacción resultaría innecesaria, salvo que éstos se muestren reacios a intervenir.
- 1434 La desproporción extrema, por un lado, entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto y, por otro, entre el ataque y la defensa, implica que la reacción del agredido sea superflua y también irracional por no ser justa. Este no es el caso, sin embargo, cuando se trata de bienes jurídicos individuales que pueden ser defendidos aun en detrimento de bienes jurídicos más importantes del agresor. Por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación puede dañar la integridad corporal o la vida del violador para salvaguardar su libertad sexual. Asimismo, quien es víctima de un robo puede lesionar al ladrón para evitar la sustracción del bien que le pertenece.

³⁹⁷ ES del 05 de marzo de 1998, Exp. N° 2916-97-Lima, en PRADO, 1999, p. 121.

³⁹⁸ TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 130 ss.

³⁹⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 II 2 c; SPENDEL, en LK, § 32 N° 239; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 344; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 52 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 26 N° 38.

⁴⁰⁰ ROXIN, 2006a, § 15 N° 50.

La mínima relevancia del riesgo debe, pues, limitar el ejercicio del derecho de defensa. Sobre todo cuando el único medio de repelerlo es causar al agresor un grave daño, por ejemplo, a su vida o integridad corporal. 1435

b.2. Sistema alemán

El § 32 del CP alemán prevé: “(1) Quien cometa un hecho en legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) La legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro”. Por interpretación de este parágrafo, se admite en Alemania⁴⁰¹, en principio, que no debería ponerse cuidado en la ponderación de bienes en colisión para determinar el carácter necesario de la defensa. Se ha llegado a considerar que cualquier bien puede ser defendido hasta las últimas consecuencias; por lo tanto, es considerada lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material (propiedad, posesión, patrimonio)⁴⁰². La razón que justifica no considerar la proporcionalidad entre los bienes es el reconocimiento de la prioridad del principio de la defensa o garantía del derecho frente a los comportamientos ilícitos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia buscan limitar los alcances de este criterio, recurriendo a la “prohibición del abuso de derecho”, al principio de “la mayor consideración posible del atacante” y a otros criterios, todos ellos analizados como limitaciones éticas y sociales de la legítima defensa. Roxin considera que la proporcionalidad de los bienes en conflicto nada tiene que ver con el carácter necesario de la defensa, sino que se trata más bien de un problema relacionado con la cuestión de saber si la defensa necesaria es o no exigida, permitida⁴⁰³. Esta tesis comporta, por cierto, una restricción del derecho de defensa por razones éticas y sociales. De esta manera, se excluyen casos que no merecen justificación en consideración a la insignificancia de la agresión o de las características personales del agresor (menores, enfermos mentales, etc.). Al respecto, se habla, también, de abuso del derecho de defensa. Este cambio de terminología, sin embargo, no ayuda a determinar el contenido de la expresión substituida. 1436

En nuestro derecho, teniendo en cuenta la manera cómo ha sido previsto el requisito de la necesidad racional de la defensa, no es necesario recurrir a 1437

⁴⁰¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 III 1 ss.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32, N. 1 ss.

⁴⁰² Cfr. MAURACH/ZIPF, 1992, § 26 N° 27 ss.

⁴⁰³ ROXIN, 2006a, § 15 N° 46.

este tipo de criterios. El de la “defensa exigida” no es diferente de la noción de “defensa necesaria”. La referencia a la racionalidad de la defensa permite simplemente excluir la aplicación de la legítima defensa en casos en los que la reacción ante la agresión resulta excesiva.

b.3. Dos casos particulares

- 1438 La necesidad de la defensa ha tratado de ser limitada en consideración a los deberes especiales que puede tener quien ve amenazado uno de sus derechos. De los casos más discutidos y complejos, señalemos dos. El primero concierne los cónyuges que tienen recíprocamente⁴⁰⁴ los deberes de garante y de solidaridad. La cuestión es saber en qué medida uno de ellos puede ejercer su derecho a la legítima defensa cuando es agredido o amenazado por el otro. Dicho de otra manera, de qué clase de agresión debe tratarse para aceptar que el deber de solidaridad del agredido ha desaparecido. Sin duda, los deberes conyugales no imponen a ninguno de los cónyuges de soportar los maltratos del otro y, por lo tanto, la legítima defensa procede en caso de agresión ilícita. Siendo el caso más frecuente el de la mujer maltratada, no está demás reivindicar el derecho que tiene de defenderse de toda agresión ilícita por parte de su marido. El matrimonio no es una licencia para maltratar al cónyuge. La legítima defensa debe, por lo tanto, ser determinada según las exigencias generales establecidas por la ley. El respeto y buen trato mutuo condicionaran, pues, la manera como reaccione el cónyuge agredido. Lo mismo sucede respecto a las relaciones de parejas que conviven y a las que unen padres e hijos.
- 1439 El segundo caso es el de los agentes estatales, como los policías. Para cumplir sus funciones, ellos deben recurrir a medios que restringen los derechos de las personas (libertad, honor, integridad corporal, etc.). Por esto se les fijan directivas para evitar que cometan excesos. Un ejemplo claro son las reglas establecidas respecto al uso de armas de fuego. El problema que se plantea aquí es saber si estas disposiciones restringen su derecho a la legítima defensa frente a los actos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Su condición de agentes estatales no les impide defender sus derechos frente a las agresiones de terceros. Así, cuando un delincuente, sorprendido en flagrante delito, apunta con su revólver hacia el policía que trata de detenerlo, éste tiene derecho a neutralizar el peligro y, debido a las

⁴⁰⁴ ROXIN, 2006a, § 15 N° 85; SPENDEL, en LK, § 32, N° 507; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 III 3 a.

circunstancias, sin necesidad de hacer disparos de advertencia al aire. Lo que sí debe hacerse, sin embargo, para determinar si su defensa fue racional y necesaria, es tener en cuenta, por un lado, que mediante las directivas mencionadas se explicitan las condiciones de la legítima defensa respecto a las actividades específicas consideradas y, por otro, la formación especial que recibieron dichos agentes estatales para afrontar situaciones peligrosas.

b.4. Jurisprudencia

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se admite que debe existir una 1440 cierta proporcionalidad entre los medios de defensa y de ataque. Lo mismo se acepta en relación con los bienes en conflicto. En esta línea, esta Corte⁴⁰⁵ ha decidido que existe “una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado una arma de fuego contra sus atacantes”, que estaban desarmados. En este mismo sentido y en aplicación del CP de 1924, los jueces habían admitido que no puede haber proporción entre la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura de los huesos de la nariz. Para determinar la “necesidad racional del medio empleado”, el máximo tribunal considera la naturaleza del ataque (“brusco y continuado”) y la disponibilidad de los medios de defensa (“el cuchillo fue el único medio a su alcance en ese momento desesperado”). Pero, su criterio de apreciación no siempre es objetivo y *ex ante*, ya que afirma que al agredido no se le puede exigir “que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que debe existir entre la forma en que se le ataca y la forma en que se defiende”. Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados ciertos casos de “exceso de legítima defensa” o de “defensa legítima putativa”.

5. Falta de provocación suficiente

La última condición es la “falta de provocación suficiente de parte del que 1441 hace la defensa”. No se trata de una característica de la agresión ilegítima, pues, si así fuera se concluiría afirmando que esta tercera condición legal es superflua. En la aplicación judicial raros son los casos de provocación, quizás por las dificultades prácticas para probarla. Estas dificultades y las encontradas en la interpretación del art. 85, inc. 2, del CP de 1924, condujeron a los autores del Proyecto de 1985 (agosto), a omitir, como en el

⁴⁰⁵ ES del 19 de mayo de 1998, RN N° 4777-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 140.

CP colombiano y en el Proyecto argentino de 1960, toda referencia a la circunstancia de la “falta de provocación suficiente” (de origen hispánico).

- 1442 La comprensión de esta condición implica tener en cuenta las diversas acepciones del término provocar que se refieren, por un lado, al hecho de incitar a una persona a que ejecute una acción y, por otro, al hecho de irritar o estimular a un individuo 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 tercero⁴⁰⁶. El provocador recurre con frecuencia a la burla o al escarnio, pero también a insultos, vías de hecho, daños a la propiedad, etc. Mas no se trata de cualquier provocación; ésta, según el texto legal, debe ser suficiente. Es decir, de una intensidad e índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor. No puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad del sujeto en cuestión.
- 1443 Además, ya que se admite que las agresiones ilícitas provocan por lo general una reacción del agredido y que ésta es la situación de hecho propia a la legítima defensa, la fórmula “falta de provocación suficiente” supone siempre una actitud especial de quien se defiende. Éste debe poner cuidado en comportarse de manera tal que no origine, de parte de cualquier persona, una reacción contra él. En la actividad diaria, sin embargo, esto acontece con cierta frecuencia. Por eso, y aunque la ley sólo distingue entre provocación suficiente e insuficiente, debe precisarse aún si el autor del acto es o no responsable de la provocación. No lo es, por supuesto, si se trata de un caso fortuito. El problema se presenta, entonces, sólo si el autor procedió con intención o culpa.
- 1444 El caso más claro es el de la provocación dolosa. El agente coloca a la persona concernida en una situación material y personal que le permitirá dañarla con impunidad. Esta situación le servirá de cobertura para llevar a cabo su infracción programada. Por tanto, no actúa en legítima defensa porque ha provocado ilícitamente una reacción del agresor excitándolo de manera suficiente. Sin duda, el acto de provocación no debe constituir una agre-

⁴⁰⁶ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 32 III 3 a; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 37; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 346 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 80; COLMENERO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 205 ss.

sión ilícita en el sentido de la ley. Por ejemplo, si la provocación consiste en golpear varias veces a la víctima, la reacción de ésta representa el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente, pues, se trata en realidad de una agresión y no sólo de una provocación. Contra la reacción del agredido, por estar justificada, no procede entonces la legítima defensa.

Si el comportamiento provocador es culposo, la imprevisión culpable debe ser relativamente grave para considerar que la provocación es suficiente. Si no lo es, el autor podrá defenderse; pero la racionalidad y proporcionalidad de su acción deben establecerse teniendo en cuenta su acto culposo. 1445

6. Voluntad de defenderse

Aunque el texto legal no lo prevea de modo expreso, quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de ejercer este derecho que le reconoce el orden jurídico para evitar que sus bienes sean dañados mediante una agresión ilícita. Esto implica que debe ser consciente de las circunstancias materiales en las que se defiende y tener la intención de defenderse⁴⁰⁷. Los aspectos particulares de este factor han sido presentados al analizarse el aspecto subjetivo de la ilicitud⁴⁰⁸. 1446

7. Legítima defensa de terceros

El art. 20, inc. 3, *ab initio*, se refiere de modo explícito a la defensa de bienes jurídicos de terceros. A diferencia de la legítima defensa propia, el agredido en este caso no es el que ejerce la defensa. Toda persona puede ejercer esta defensa, sin que sea necesario que esté obligada a hacerlo por un deber de garante. 1447

En estos casos, la víctima de la agresión no impide o repele el ataque ilícito. Es indispensable, sin embargo, que tenga la voluntad de defenderse o de ser defendida. Si esta voluntad no existe, significa entonces que el agredido consiente en sufrir el perjuicio. Por ejemplo, el propietario de un huerto que ve a un adolescente sustraer frutas de los árboles de su propiedad y no hace algo por impedirselo, acepta ser desposeído. En consecuencia, no se trata de una agresión ilícita y nadie está autorizado a intervenir alegando que lo hace para proteger el orden jurídico. La falta de interés en proteger el bien jurídico individual predomina. Otro ejemplo es el de la situación 1448

⁴⁰⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 11 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. *supra* N° 1390 ss.

descrita por el dicho popular “cuanto más me pegas más te quiero”. Si la mujer o el marido acepta los maltratos de su pareja (art. 442), un tercero no puede intervenir en su defensa. Un límite fundamental a esta regla lo constituye, sin embargo, la naturaleza del bien jurídico: la aceptación de que se le cause la muerte o lesiones graves no impide la legítima defensa del consentiente⁴⁰⁹. Esto implica que un tercero puede intervenir para impedir, por ejemplo, que el agente cometa un homicidio piadoso (art. 112). Un caso particular es el referente a ciertos bienes altamente personales; por ejemplo, la intervención con ocasión de un adulterio *in fraganti* invocando la protección de los intereses de la persona engañada. En estas circunstancias se imponen ciertas restricciones para impedir abusos respecto a la intimidad personal de terceros.

- 1449 Un caso límite se presenta cuando la víctima de la agresión está de acuerdo con el defensor, pero no con el medio que éste utiliza para rechazar la agresión. En el ejemplo del hurto de frutas, el propietario se opone a que el tercero utilice un arma de fuego. El tercero debe tener en cuenta la voluntad del agredido, porque la condición que éste establece supone una renuncia parcial a la protección de su bien jurídico. El criterio opuesto es válido cuando la víctima rechaza la defensa ante el temor de una futura reacción del agresor. El ejemplo muchas veces citado es el de la víctima de una toma de rehenes que renuncia a protegerse por temor a una nueva agresión por parte de los delincuentes (terroristas)⁴¹⁰.
- 1450 Al margen de estas observaciones sobre los aspectos singulares de la legítima defensa de terceros, ésta se haya sometida a las mismas condiciones que la legítima defensa propia: existe sólo si se da una agresión ilícita, si hay necesidad racional del medio empleado para rechazarla y si quien hace la defensa (en este caso, el tercero no agredido) no ha provocado de manera suficiente al agresor. Todo esto lo establece de modo expreso nuestro texto legal, evitando así los problemas de interpretación que se presentan con respecto a otros textos legales.

8. Legítima defensa presunta (*excursus*)

- 1451 Mediante el art. 1 de la Ley N° 23404, del 27 de mayo de 1982⁴¹¹, se adicionó al art. 85, inc. 2, del CP de 1924 el párrafo siguiente: “se encuentra com-

⁴⁰⁹ ROXIN, 2006a, § 15 N° 102.

⁴¹⁰ ROXIN, 2006a, § 15 N° 101.

⁴¹¹ Derogada mediante la puesta en vigencia del Código, en la que no se le conservaba.

prendido en el párrafo anterior, el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese en su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticamente o usando violencia”. De esta manera⁴¹², se estatuyó que el titular de la casa o morada no sería reprimido por haber actuado en legítima defensa. Se trataba, pues, de una ficción consistente en suponer que la acción de defender la casa o morada reunía los tres requisitos señalados en el art. 85, inc. 2, pf. 2.

Los defectos de esta reforma eran numerosos. Si apreciamos sólo el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, las siguientes incoherencias: primero, a pesar de que en el pf. 1 de la disposición citada se hacía referencia a la legítima defensa en favor de la persona o de los bienes del agredido ilegítimamente y de la persona o bienes de un tercero, en el párrafo agregado sólo se aludía al agente que repelía el ataque contra “su casa o morada” ¿Significaba esto que si no era el titular de la casa o morada quien actuaba, la ficción estatuida no le beneficiaba? Segundo, hay que destacar la imprecisión en el uso de los términos “casa o morada”, sin tener en cuenta lo que disponía el art. 230 (violación de domicilio). Según esta norma, el objeto del delito era la “morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o el recinto habitado por otro”. De manera que cabía preguntarse, si esta misma distinción debía hacerse respecto al texto agregado a la disposición comentada. En caso de una respuesta afirmativa, la ficción entonces hubiera sido también aplicable a quien hubiese rechazado un atacante que penetrara en su “casa de negocio”. Tercero, la referencia al hecho de “pretender ingresar o ingresar” en la casa o morada era incompleta, porque podía tratarse de alguien que había ingresado con el consentimiento del titular. En este caso, no cabría tampoco decir que el delincuente había ingresado “subrepticamente”, no siendo por lo tanto aplicable la ficción establecida. 1452

En cuanto a la concepción de la legítima defensa, la reforma era así mismo defectuosa. Al respecto cabe la pregunta siguiente: ¿La ficción admitida era una ficción *juris tantum* o *de jure*? Es decir, ¿dicha ficción admitía o no la demostración de lo contrario? Si la respuesta era afirmativa, significaba entonces que el juez debía comprobar en cada caso si se daban los requisitos fijados en el texto original del Código. De modo que cabía cuestionarse sobre la razón de una reforma que no agregaba nada a la ley y que, por el contrario, oscurecía su sentido. Si la respuesta era negativa, 1453

⁴¹² Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 217 ss.

implicaba dar carta blanca para matar, lesionar o privar de la libertad a quien pretendiera ingresar o hubiera ingresado en casa o morada ajena. La justificación residiría en el presumible peligro que comportara la acción del atacante contra el patrimonio, la integridad física o la vida de quien defendía su casa o su morada. La exigencia según la cual la legítima defensa debe ser necesaria estaría falseada; justificándose así que, en muchos casos, para proteger el domicilio o el patrimonio se dañara la vida o la salud. Para evitar esto debían confrontarse los bienes jurídicos en conflicto; pero ello significaba volver al texto original del Código. Cabe señalar que, en este caso, la reforma implicaba a menudo una excepción a lo dispuesto en el art. 90 del CP de 1924: la legítima defensa imperfecta por la desproporción entre los bienes en conflicto o los medios utilizados por quien se defendiera, no hubiera dado lugar a una simple atenuación de la pena sino a la impunidad.

- 1454 El desconocimiento de lo que es la legítima defensa y del papel que desempeña en la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, hizo que esta reforma fuera inútil (en caso de tratarse de una presunción de *jure*) o incorrecta (en caso, de tratarse de una presunción *juris tantum*). Los motivos que la impulsaron se vinculan desde luego más al instinto de protegerse que a criterios racionales válidos. Fue una clara manifestación de la aplicación deficiente de la política criminal del “golpe por golpe”. Además, el hecho de que algunos códigos, como el francés y el venezolano, contuvieran una disposición parecida a la de la Ley N° 23404, no justificaba la reforma. La reforma fue un gesto político, así de forma democrática, cristiana y popular, se invirtió la jerarquía de valores.

VII. Estado de necesidad justificante

1. Introducción

- 1455 Siguiendo el modelo suizo, el estado de necesidad fue definido en el art. 85, inc. 3, del CP de 1924: “obra [...] por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado”. Esta definición era deficiente, pues no incluía la protección de terceros y, además, no diferenciaba, como lo hacía ya la doctrina, el estado de necesidad, causa de justificación, del estado de necesidad, causa de no culpabilidad.

Dicha distinción fue consagrada en el § 34 del CP alemán de 1975, y ha servido de guía para la elaboración del art. 20, inc. 4, del CP de 1991⁴¹³. Según la disposición alemana, actúa lícitamente quien “ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para alejar dicho peligro de sí o de otro, [...] siempre que de la ponderación de los intereses en conflicto y particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenace, resulte que el interés protegido predomina esencialmente sobre el interés dañado. Esta disposición se aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro”.

Para comprender el art. 20, inc. 4, es imprescindible recordar los fundamentos tomados en cuenta por el legislador germano. Éstos fueron elaborados sobre la base de la regulación incompleta del CP alemán de 1875 y con referencia a los §§ 228 y 904 del CC teutón de 1900. Así, se concibió el estado de necesidad como una causa de justificación suprallegal. Dos razones opuestas fueron invocadas para fundamentar su efecto justificante. Se afirmó, por un lado, que no podía ser considerado ilícito el acto típico que constituía el medio adecuado para alcanzar un fin estatuido por el Estado (teoría del fin)⁴¹⁴ y, por otro, que no actuaba ilícitamente quien lesionaba o ponía en peligro un bien jurídico para salvar otro de mayor valor⁴¹⁵ (teoría de la ponderación de bienes). Este último criterio fue admitido durante mucho tiempo por la jurisprudencia e inspiró el primer Proyecto oficial de CP alemán⁴¹⁶. Muy criticado, por hacer depender de la comparación abstracta de los bienes en conflicto la preeminencia de uno de ellos, se buscó ampliarlo exigiéndose que se tuvieran en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

Estos esfuerzos explican el tenor del nuevo § 34. La ponderación de bienes jurídicos fue remplazada por aquella de los intereses y se estatuyó que el acto debía ser el medio adecuado para alcanzar el fin decretado por el orden jurídico. La ponderación de intereses consiste en sopesar los bienes

⁴¹³ Exposición de Motivos, p. 15; los autores del Código no han indicado cuál versión en español utilizaron. Un análisis dogmático del art. 20, inc. 4 es realizado por CHOCANO RODRÍGUEZ, 2003, p. 253 ss. y ARMAZA GALDÓS, 2003, p. 283 ss. Cfr. también GARCÍA CAVERO, 2003, p. 627 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 390 ss.; COLMENERO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 221 ss.

⁴¹⁴ SCHMIDT, 1929, p. 350; BAUMGARTEN, 1911, p. 61.

⁴¹⁵ BINDING, 1885, p. 762.

⁴¹⁶ NIEDERSCHRIFTEN, 1958, § c II 1.

en conflicto y la intensidad de los peligros que los amenazan. Confrontar el acto con el fin admitido por el orden jurídico implica recurrir a valoraciones que van más allá de la comparación exigida y que permitan comprobar si la acción es o no el medio justo para alcanzar un fin concreto. De esta manera, se combinó la teoría de la ponderación de bienes, modificada a fondo con la referencia a los intereses, con la teoría del fin.

- 1459 Esta última solución es la que el legislador nacional ha tratado de adoptar en el art. 20, inc. 4. No obstante, el resultado es deficiente. Por un defecto de redacción, no se plasma con la suficiente claridad la ponderación de intereses. Esta disposición prevé como primera condición que “de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado”. La deficiencia se deriva de la referencia a la “apreciación de bienes jurídicos” en lugar de “apreciación de intereses”, y de que se emplean los términos “bien jurídico” e “interés” como si fueran sinónimos⁴¹⁷.
- 1460 Distinguir el estado de necesidad - causa de justificación del estado de necesidad - causa de exculpación es importante tanto en teoría como en la práctica⁴¹⁸. Si se trata de un caso de justificación, por ejemplo, el sujeto que sufre el perjuicio no puede actuar en legítima defensa por no existir agresión ilícita. Por el contrario, procede invocar la legítima defensa cuando el estado de necesidad sólo excluye la culpabilidad. Además, en el estado de necesidad como causa de justificación es imposible la participación delictuosa; no así en el estado de necesidad como causa de exculpación (en virtud del carácter accesorio de la participación criminal)⁴¹⁹.

2. Estado de necesidad y legítima defensa

- 1461 En sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido

⁴¹⁷ ES del 5 de julio de 1999, Exp. N° 386-99-Lambayeque, se señala que: “La participación de los acusados en un juicio popular, en calidad de espectadores, al ser obligados bajo amenazas de muerte por elementos subversivos, no configura el delito de terrorismo, al presentarse en tal contexto de acción un estado de necesidad justificante que exime de responsabilidad”, cfr. CARO JOHN, 2007, p. 238 ss.

⁴¹⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 I 1; JAKOBS, 1991, 13/2; MAURACH/ZIPF, 1992, § 27 N° 3 ss.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 35 N° 1; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 435; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 35 N° 1; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 43; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 224 ss.

⁴¹⁹ Cfr. *infra* N° 2220 ss.

aparece como el único medio para salvar un bien del agente⁴²⁰. Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa, la que constituiría un caso especial del mismo.

Sin embargo, entre ambas causas de justificación existen diferencias que no sólo dependen de una relación lógica de subsidiaridad. Basta señalar, por ahora, que en el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son protegidos de la misma manera por la ley, y que el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la situación de peligro. En cambio, en la legítima defensa el bien jurídico lesionado pertenece a quien efectúa la agresión ilícita, haciéndose, en consecuencia, merecedor de tal lesión. Además, si el origen del peligro, en la legítima defensa, es siempre un comportamiento humano, en el caso del estado de necesidad también puede ser un fenómeno de la naturaleza.

Como en la legítima defensa, en el estado de necesidad hay que distinguir, por un lado, el aspecto objetivo, constituido por una situación de peligro y por una acción necesaria para descartar el riesgo y, por otro, la voluntad de salvar el bien amenazado.

3. Peligro

La exigencia de que un bien se encuentre en peligro implica una situación de la cual éste puede resultar perjudicado. Poco importa, sin embargo, la intensidad del riesgo, pues basta que exista un mínimo de probabilidad de que se produzca un daño.

Para saber si la situación es peligrosa, deben apreciarse, de manera objetiva y *ex ante*, las circunstancias que la constituyen⁴²¹. Pero, la apreciación subjetiva de la persona sobre la situación en que se encuentra no es decisiva, porque se trata de una situación real y no sólo imaginada por el titular del bien jurídico en cuestión. El juicio de apreciación debe, por tanto, ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse en

⁴²⁰ MIR PUIG, 1998, p. 450 ss.; LUZÓN PEÑA, 1978, p. 69 ss.; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 245 ss.

⁴²¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 3a; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 13; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 304; OTTO, 1998, § 8 N° 166; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 48; TRECHSEL, 2008, Art. 17 N° 3 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 461; QUINTERO, 2002, p. 517.

relación con la experiencia común⁴²². En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos.

- 1466 El origen del peligro puede ser un fenómeno natural o una actividad humana. Algunos autores, no obstante, han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que en la primera el peligro proviene del obrar de una persona, mientras que en el segundo tiene su origen en un suceso natural o, en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Este criterio no es correcto. El agente que lesiona a un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad y esto justifica su acto. De la expresión “peligro actual” (texto legal), no se puede deducir una conclusión diferente, pues, no establece distinción alguna en cuanto a la fuente del mismo.

a. Actualidad del peligro

- 1467 La fórmula “peligro actual” debe ser interpretada con cierta amplitud⁴²³. En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado. Es la inminencia a la que se refería el CP de 1924. Se trata a menudo del efecto de un ataque instantáneo. Por ejemplo, en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio. La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que más tarde podría resultar muy problemática, en el sentido de que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario entonces que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave.
- 1468 El peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera cierta, dar lugar a un daño. Por ejemplo, el estado ruinoso de un edificio o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia. La reacción de quien sufre la molestia y la violencia es justificada si, al regresar una noche a su casa, sorprende al responsable oculto en el jardín y dispara contra él, lesionándolo levemente⁴²⁴. Entre nosotros, se ha apreciado, desde la vigencia del CP de 1924, de manera bastante amplia esta situación. Por ejemplo, se ha reconocido que actuó en estado de necesidad quien -enfermo de tuberculosis a la laringe-

⁴²² LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 13 ss.

⁴²³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 56 ss.

⁴²⁴ ROXIN, v, § 16 N° 18.

se apropió del dinero producto de las ventas que se le habían encargado realizar.

b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro

La realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio 1469 tanto apropiado para evitar el peligro, como extremo al que debe recurrirse⁴²⁵; es decir, no debe existir otro menos dañino (exigencia de la *ultima ratio*). Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe escoger aquella que no implique perjudicar al tercero inocente o que constituya el mal menor.

El peligro en el que se encuentra uno de los bienes del agente y la necesi- 1470 dad de dañar el bien de un tercero (víctima del acto típico) no bastan para que el acto típico cometido sea justificado. Esto se explica porque en el estado de necesidad prima el interés de descartar un peligro y no, como en la legítima defensa, el de hacer prevalecer el derecho sobre lo ilícito⁴²⁶. Los titulares de los bienes en conflicto están en este caso igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Es decir, ninguno de ellos -en la situación concreta- se ha puesto fuera de dicha protección mediante la comisión de un acto ilícito (como es el caso del agresor en la legítima defensa). Por eso el estado de necesidad tiene en efecto un carácter subsidiario.

En esta perspectiva, resulta correcto que se establezcan condiciones estric- 1471 tas para que el estado de necesidad pueda justificar un acto típico. Éstas son, por supuesto, más restrictivas que las estatuidas con respecto a la legítima defensa, reconocida como el ejercicio de un derecho.

4. Proporcionalidad

a. Bienes jurídicos

El art. 8, inc.7, del CP de 1853, declaraba exento de responsabilidad cri- 1472 minal al agente “que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos

⁴²⁵ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 227 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 468 ss.; QUINTERO, 2002, p. 519.

⁴²⁶ ROXIN, 2006a, § 16 N° 19.

perjudicial”. Así, preveía la protección de todo bien, pero sólo autorizaba que se lesione la propiedad, bien de menor valor⁴²⁷.

- 1473 En el CP de 1924, se facultaba a la persona que se encontraba en estado de necesidad para salvaguardar cualquiera de sus bienes lesionando un bien ajeno para salvar el suyo. Pero, no se preveía la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción demostraba la supervivencia de la influencia española. Como ya lo hemos indicado, la regulación prevista en el Código derogado ha sido abandonada en favor del modelo alemán.
- 1474 La deficiente redacción del art. 20, inc. 4, pf. 1, del Código crea malentendidos respecto a los bienes jurídicos cuya puesta en peligro da lugar al estado de necesidad. El legislador sólo menciona la vida, la integridad corporal y la libertad, lo que puede dar a entender que sólo ha querido considerar los bienes jurídicos individuales y personales. En efecto, la cláusula general “u otro bien jurídico” debería ser interpretada analógicamente con referencia a los mencionados. Además, la comprensión de la norma se complica aún más si se recuerda que el § 34 del CP alemán, menciona también el patrimonio, que ha sido omitido en nuestro texto legal. Esta omisión permitiría suponer que no se creyó conveniente mencionar este bien jurídico por considerarse que los otros bienes personales no podían ser sacrificados de ningún modo en su favor.
- 1475 En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina⁴²⁸ son contestes en afirmar que es objeto de protección todo bien jurídico, incluso los bienes colectivos (p. ej.: seguridad del tráfico, interés en la existencia del Estado). El fundamento de esta tesis consiste en que el estado de necesidad no se basa en el principio de la protección del individuo (propio de la legítima defensa) sino que sólo busca evitar, como ya lo hemos afirmado, la lesión de un bien protegido por el orden jurídico. Por eso, cabría afirmar que nuestra disposición legal debería ser en principio interpretada con esta misma amplitud, pues, no existen razones legales o de política criminal en favor de la interpretación formal y restrictiva esbozada en el párrafo anterior. Sin embargo, la aceptación del estado de necesidad con relación a los bienes jurídicos colectivos no debe comportar una desnaturalización de la no aplicación de la legítima defensa respecto a éstos. Tampoco debe

⁴²⁷ ES del 20 setiembre de 1995, Exp. N° 281-95, en MEZA, 1996, p. 42.

⁴²⁸ ROXIN, 2006a, § 16 N° 9; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 2 a; GROPP, 1997, § 6 N° 112; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 288; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 51 ss.

significar reconocer al Estado un derecho general en relación con el estado de necesidad, ni imponer el deber correlativo a los particulares⁴²⁹. Además, los órganos estatales no pueden justificar sus intervenciones invocando un estado de necesidad general, debido a que sus actuaciones siempre deben tener una base legal específica.

b. Preeminencia del bien salvado

En el inc. 3 del art. 85 del CP de 1924, el estado de necesidad era concebido como un conflicto de bienes jurídicos: por un lado, el bien de quien actuaba y, por el otro, el bien de un tercero. Para no sancionar al primero por el daño que causaba a este último, era necesario, además de la inminencia del peligro y de la imposibilidad de evitarlo de otra manera, que no pudiera “razonablemente” exigírsele “el sacrificio del bien amenazado”. De este modo, no se mencionaba de modo explícito la ponderación de bienes jurídicos. La referencia al carácter razonable de tal exigencia (renunciar al bien) no suponía que dicho bien debiera ser siempre menos importante que el del tercero. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron la norma conforme al criterio de la “ponderación de bienes”.

En el Código, como ya lo hemos indicado, prevalece la idea de la “ponderación de intereses”, que debe ser practicada comparando los bienes y la “intensidad del peligro que los amenaza”⁴³⁰. Por esta razón, la regulación establecida en el art. 20, inc. 4, es mejor que la del art. 85, inc. 4, del CP de 1924.

El interés protegido debe ser determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto⁴³¹. Esto implica un rechazo neto del tradicional criterio de la comparación abstracta de los bienes en conflicto, pero también la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares⁴³²: los diversos criterios que se establezcan serán, pues, siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a todos los hechos. Además, como en toda apreciación de valor, los criterios personales y las directivas de política criminal que se acepten desempeñan un papel importante. Un ejemplo claro de la influencia de los criterios de valor es la admisión de la idea según la cual no proce-

⁴²⁹ BUSTOS, 1989, p. 220 ss.

⁴³⁰ VILLA STEIN, 2008, p. 362 ss.

⁴³¹ MIR PUIG, 1998, p. 470 ss.

⁴³² ROXIN, 2006a, § 16 N° 22; JAKOBS, 1991, 13/33; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 32 N° 45; GROPP, 1997, § 6 N° 128 ss.; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 68.

de ponderar una vida humana frente a otra, aun en los supuestos de peligro colectivo (caso de los náufragos que matan a uno de sus compañeros y practican la antropofagia para poder sobrevivir). Quien sacrifica la vida de una persona para salvar la vida de otra, acorta de manera arbitraria la vida de la primera sin estar del todo seguro de la evolución de la situación y de la manera cómo culminará. El fundamento de esta tesis es que el derecho no puede admitir, primero, que existan vidas que se valoren más que otras y, segundo, que se imponga el derecho del más fuerte.

1479 De todos los criterios que pueden ser aplicados, la índole y la graduación de las penas fijadas en las disposiciones penales constituyen, en ciertos casos, un punto de partida eficaz. Así, la mayor severidad con la que se reprimen los delitos de homicidio respecto a los delitos de aborto y de lesiones muestra que, según nuestro ordenamiento jurídico, el bien jurídico “vida” prevalece frente a los bienes jurídicos vida embrionaria e integridad corporal o salud. En este contexto, se puede considerar que para salvar la vida de una persona resulta válido dañar cualquier otro bien jurídico y que el patrimonio puede, por la misma razón, ser sacrificado en beneficio de los bienes jurídicos “salud” o “integridad corporal”; así como para salvaguardar intereses generales, por ejemplo, el médico que, sin la autorización del enfermo y para evitar que la conviviente de éste sea contaminada con el virus del sida, revela a ésta que su compañero es seropositivo. Sin embargo, este criterio debe ser mitigado⁴³³ debido a que la amenaza penal no sólo depende de la importancia de los bienes jurídicos, sino también de la naturaleza del ataque. Además, no hay que olvidar el carácter subsidiario del derecho penal: no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, sobre todo cuando existen otras posibilidades para impedir que sea atacado. Por último, también hay que tener en cuenta que las penas previstas en la ley, para un buen número de delitos, son casi de la misma severidad.

1480 De todo esto se deduce que resulta insuficiente la simple comparación de los bienes considerando las escalas establecidas en la parte especial. En la ley, se dispone expresamente que debe considerarse la intensidad del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. En esta perspectiva, hay que apreciar, por ejemplo, la posibilidad de proteger el bien jurídico en la situación concreta, el tipo de perjuicio real que lo afectará para salvarlo, la amplitud del perjuicio material que amenaza a los bienes jurídicos en conflicto. Así, no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una

⁴³³ STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 44.

persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses del Estado⁴³⁴; tampoco se puede excluir lesionar de modo leve a un individuo para evitar un daño patrimonial de gran magnitud. Además de la importancia del bien, también hay que tener presente la gravedad del ataque, ya que lo esencial es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere⁴³⁵.

También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un 1481
peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave⁴³⁶. Así, el que conduce su automóvil en estado de ebriedad (art. 274) para transportar a un lesionado grave al hospital (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge sin embargo cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista⁴³⁷. También actúa lícitamente el conductor que, para alertar al chófer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez⁴³⁸.

Cuando el o los bienes en conflicto son altamente personales, el derecho del 1482
titular a disponer del suyo de manera autónoma desempeña un papel importante en el momento de apreciar la proporcionalidad. Así, aun cuando se den todas las condiciones del estado de necesidad, no se puede extraer de un individuo, sin su autorización, uno de sus órganos para salvar la vida de un tercero. Este criterio se fundamenta, en general, en el respeto de la dignidad personal, el cual es incompatible con el hecho de que la persona sea utilizada como un medio o cosa. Sin embargo, si se aplicara de manera absoluta tal criterio llevaría a situaciones inaceptables; por ejemplo, cuando se trata de perjuicios o puestas en peligro poco importantes de dichos bienes. Por el contrario, es inaceptable que sean afectados en su núcleo intangible. Al respecto, hay que recordar que se acepta la limitación de esos derechos a través de medidas administrativas; pero siempre y cuando exis-

⁴³⁴ ROXIN, 2006a, § 16 N° 27.

⁴³⁵ BUSTOS, 1989, p. 221.

⁴³⁶ STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 44; ROXIN, 2006a, § 16 N° 38 ss.

⁴³⁷ ROXIN, 2006a, § 16 N° 40.

⁴³⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV b.

ta una base legal (p. ej., someter a cuarentena o aplicar una vacuna en caso de epidemia, extraer sangre para efectuar un control de alcoholemia).

- 1483 De todo lo expuesto resulta que lo esencial es que la preponderancia de los intereses de quien se protege del peligro sea establecida con claridad en relación con la situación concreta. Si existen dudas sobre este aspecto, el efecto justificante del estado de necesidad es excluido. Por el contrario, basta que se dé la preeminencia sin importar que sea notablemente mayor.

5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente

- 1484 Cuando la situación de peligro es creada, intencional o culposamente, por la misma persona que se ve obligada a salvar el bien jurídico amenazado, el efecto justificante del estado de necesidad no es excluido de modo automático. No obstante, si se trata del estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad la situación varía, pues, el art. 20, inc. 5, pf. 2, dispone que no procede su aplicación cuando el agente “causó el peligro”. La previsión de esta restricción, a diferencia de lo dispuesto respecto al estado de necesidad justificante, se explica porque el agente actúa ilícitamente⁴³⁹. Por consiguiente, nuestra ley no puede ser interpretada en el sentido del criterio tradicional según el cual⁴⁴⁰, en los supuestos en que la situación de peligro haya sido creada por el agente, está excluida de antemano toda posibilidad de justificación del acto típico cometido en agravio de un tercero.
- 1485 Este último criterio es demasiado rígido y su aplicación produce resultados inaceptables. Así, es poco racional considerar ilícito, por ejemplo, todo daño causado al patrimonio de una persona, por quien trata de salvar su vida o la de un niño ante la situación de peligro que el mismo ha creado. Además, la situación de hecho en que se encuentre el responsable del conflicto de intereses no tiene que significar siempre ausencia de voluntad de actuar conforme al orden jurídico (elemento subjetivo de las causas de justificación). La voluntariedad o imprudencia con la que el sujeto crea la situación de peligro concierne, precisamente, a la creación del conflicto de intereses y, en consecuencia, no puede constituir el fundamento para castigar al agente que salva un bien jurídico más importante en detrimento de uno de menor valor. Además, si fuera admitido el criterio tradicional -que

⁴³⁹ ROXIN, 2006a, § 16 N° 51; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 42.

⁴⁴⁰ Resumido muy bien por BINDING, 1885, p. 778, de la manera siguiente: “*Wer sich en Gefahr begeben hat, komme drin um*” (“Quien se expone a un peligro, perece en él”).

aquí se ha criticado-, el estado de necesidad no se aplicaría sino de manera excepcional, es decir, cuando el peligro fuera imprevisible.

Así, por ejemplo, quien luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse y, para salvarse, obliga mediante amenazas a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública (art. 151), podrá alegar que obró de modo justificado en estado de necesidad. Su bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico “libertad individual” del chófer coaccionado, ponderación que es además conforme a la intensidad del peligro. A pesar de que injurió voluntariamente el veneno, sus bienes no pierden la protección que merecen según su importancia. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada por imprudencia: accidente de circulación debido al exceso de velocidad, por ejemplo. 1486

No obstante, la creación intencional o imprudente de la situación de peligro debe tomarse en consideración, junto a las demás circunstancias concretas, al ponderar los intereses para determinar si los bienes del culpable aún pueden ser salvados en detrimento de los de terceros. En efecto, por más importantes que sean en comparación con los perjudicados, el autor no puede esperar que la protección de sus bienes pueda ser considerada siempre preponderante en relación con la protección de los bienes de aquellos. Así, el espectador que, mediante una falsa alarma, pone en peligro la vida o la salud de las personas presentes en la sala de cine no puede invocar el estado de necesidad para justificar las lesiones que provoca a un tercero para salvar su vida, puesta en peligro por la multitud aterrorizada. La situación es más clara cuando el peligro creado sea sólo un instrumento para dañar los bienes jurídicos de terceras personas o, al menos, cuando el agente prevé⁴⁴¹ que dada la situación de riesgo deberá necesariamente perjudicar los bienes de éstas para evitar los posibles daños. 1487

Uno de los argumentos a los que ha recurrido la doctrina⁴⁴² para responsabilizar a quien causa un daño a consecuencia de un estado de peligro que el mismo ha creado intencional o culposamente, ha sido el criterio de la *actio illicita in causa*, según la cual la producción del perjuicio de los bienes de terceros ha sido puesta en marcha por dicho comportamiento previo. Este criterio debe, sin embargo, ser rechazado. Ante todo, hay que señalar que el perjuicio causado no puede ser al mismo tiempo lícito (debido al estado de necesidad que permite salvar el bien preponderante) e ilícito (lo que justifi- 1488

⁴⁴¹ TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 121 ss.

⁴⁴² BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 37; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 360.

caría la represión), salvo que se considere esta última como una ficción. En esta circunstancia, se debería admitir que existe desde el momento en que se crea la situación de peligro, de la misma manera que la imputabilidad es admitida en el instante en que el agente se coloca en estado de incapacidad, con el fin de cometer un delito o prevé la posibilidad de dañar a un tercero (*actio libera in causa*). Además, dicho criterio tiene el inconveniente de sólo poder aplicarse a los delitos de resultado. En caso de delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de su ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro. Por ejemplo, cuando un andinista, sin tomar las precauciones necesarias comienza a ascender y, luego, sorprendido por el mal tiempo, debe penetrar en un refugio privado, sin la autorización respectiva, para poner a salvo su vida o integridad física. El hecho de crear el peligro previo no puede ser calificado como comienzo de la ejecución del delito de violación de domicilio (art. 159).

- 1489 El criterio de la *actio illicita in causa* revela su deficiencia también en el caso del conductor que provoca por culpa un accidente y no permanece en el lugar de los hechos porque quiere escapar a la reacción violenta de las personas que han presenciado lo sucedido. Su huida constituye una falta según las reglas de tránsito, pero no puede decirse que su realización comenzó con la creación del peligro mediante culpa. La falta puede ser justificada si se comprueba que su integridad corporal es el bien preponderante frente a la salud del accidentado. Reprimirlo significaría entonces que su acción imprudente equivale a la de huir o alejarse del lugar del accidente. La culpa en que incurre el agente al crear la situación de peligro no debe excluir de manera absoluta el estado de necesidad. Ella sólo constituye un factor, aunque importante, que debe ser considerado al determinar la proporcionalidad de los intereses en conflicto.

6. Deber de soportar un peligro

- 1490 Contrariamente a lo previsto en el art. 20, inc. 5, pf. 2, respecto al estado de necesidad excluyente de culpabilidad, no se dispone, expresamente, en relación con el estado de necesidad justificante que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está “obligado por una particular relación jurídica”. Sin embargo, se le puede considerar implícita en la condición restrictiva según la cual, debe “emplear un medio adecuado para vencer el peligro” (art. 20, inc. 5, pf. 1), ya que el medio adecuado sólo puede determinarse si se tiene en cuenta cuál es el deber del sujeto.

Soportar ciertos riesgos, no sacrificarse, es una obligación de índole jurídica, no moral ni siempre legal⁴⁴³. Si fuera de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas se comporten como héroes o santos. Esto no es propio de un derecho penal liberal, ni conforme a una política criminal racional y humanitaria. Tampoco es necesario que dicha obligación esté siempre prevista en una ley: esta interpretación formalista y limitativa conduciría a graves incoherencias. El orden jurídico impone, en estos casos, a los individuos la obligación de asumir un riesgo más importante que el impuesto en general al común de las personas. 1491

Las personas concernidas por este deber lo son en relación con un oficio, profesión o cargo. Entre ellas cabe señalar, por ejemplo, a los militares, policías, bomberos, salvavidas, médicos, jueces. El capitán no debe ser el primero en abandonar su barco en caso de naufragio. El juez⁴⁴⁴ no puede justificar un prevaricato alegando simplemente haberlo cometido bajo la amenaza de muerte de los compinches de los maleantes que ha juzgado. En tal situación, debe informar a sus superiores competentes, solicitar protección y asumir su parte de riesgo. En todo caso, ante la certeza de ser matado o dañado gravemente en sus intereses, ante la indiferencia, ineficacia o corrupción de sus superiores o de la policía frente a su caso, el juez puede considerar que su acto típico (art. 418) es justificado por haber actuado en estado de necesidad. 1492

En la mayor parte de las situaciones, sin embargo, el deber de asumir el peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses en el caso concreto. Cuando haya duda, se considerará si es factible admitir que el agente no será reprimido por admitirse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad. 1493

7. Medio adecuado

La formulación “cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro” parece referirse a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos. De modo que habría que comprobar si la acción salvadora es apropiada en relación con el peligro. Esta comparación, sin embargo, constituye justa- 1494

⁴⁴³ BUSTOS, 1989, p. 219; MIR PUIG, 1998, p. 478..

⁴⁴⁴ ROXIN, 2006a § 16 N° 56.

mente uno de los factores para esclarecer cuál es el interés preponderante. En efecto, no basta, según el art. 20, inc. 4, lit. a, ponderar los bienes en conflicto, sino que hay que considerar “la intensidad del peligro que amenaza”. Una vez aceptado el hecho de que el agente ha actuado conforme al “interés preponderante”, no se puede afirmar luego, sin contradicción, que su acción (es decir el “medio”, en el texto legal) no era “adecuada”.

- 1495 Esta cuestión se comprende mejor si se tiene en cuenta § 34, inc. 2 del CP alemán, fuente legal del art. 20, inc. 4. Según la disposición germana la regulación del estado de necesidad se “aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro”⁴⁴⁵. Contrariamente al texto peruano, el alemán se refiere claramente a la adecuación del “hecho” (acción) que el agente utiliza como “medio” para evitarlo. Al respecto, hay que recordar el intenso debate que tiene lugar en Alemania respecto a la interpretación de esta condición legal. De la parca exposición de motivos del Código, resulta imposible saber si los que redactaron el art. 20, inc. 4, pf. 2, conocían o no dicha controversia. Para una parte de la doctrina alemana, la cláusula “*nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*” (similar a la nuestra: “se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”) constituye una redundancia, pues, esta exigencia ya está considerada en la determinación del interés preponderante (§ 34, primer apartado del CP alemán y art. 20, inc. 4, lit. a, de nuestro Código)⁴⁴⁶. Este defecto de técnica legislativa se explica históricamente⁴⁴⁷.
- 1496 Contra esta opinión, la doctrina dominante, en Alemania, estima que el apartado 2 del § 34 estatuye un segundo nivel de valoración del estado de necesidad. Valoración que concierne el “sentido ético-social que corresponde a la acción realizada en estado de necesidad y apreciada en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto”⁴⁴⁸. Así, la acción no sólo debe conservar el bien jurídico en peligro, sino también ser adecuada. Es decir, digna, apropiada, permitida según los intereses superiores de la comunidad. Esta interpretación es discutible porque la evaluación del conflicto de intereses, prevista en la primera regla, sólo puede ser realizada teniendo en cuenta los criterios de valor reconocidos por el ordenamiento jurídico.

⁴⁴⁵ LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 34 N° 46; BOCKELMANN/VOLK, 1979, p. 100; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 2 d; Cfr. ROXIN, 2006a, § 16 N° 86.

⁴⁴⁶ BAUMANN/WEBER/ MITSCH, 2003, § 17 N° 83.

⁴⁴⁷ Cfr. *supra* N° 1505 ss.

⁴⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 IV 3 d.

Habría más bien que establecer un límite a la ponderación de intereses, 1497 en lugar de fijar un segundo nivel autónomo de valoración. Así, la ponderación de intereses no quedaría entregada a un juicio de valoración libre, sino que estaría sujeta a la necesidad de garantizar el Estado de Derecho, el mismo que puede no ser respetado si se busca la solución del conflicto mediante un mero balance positivo de intereses⁴⁴⁹. Dicho límite consiste en considerar que la dignidad de la persona, fundamento social del Estado de derecho, es el criterio absoluto para efectuar toda ponderación de intereses. De modo que la acción que vulnera la dignidad humana nunca puede ser considerada como adecuada para preservar intereses, cualesquiera que sean. En esta línea, la regulación del estado de necesidad⁴⁵⁰, debe ser siempre interpretada en este sentido. Para aclarar esta interpretación, se da⁴⁵¹ el ejemplo siguiente: después de una toma de rehenes los terroristas exigen la liberación de sus compañeros detenidos en una cárcel. Con el fin de obtener informaciones sobre el lugar probable dónde los rehenes pueden haber sido ocultados y poder así salvarles la vida, se piensa en torturar a los terroristas prisioneros ajenos a la comisión del crimen. Objetivamente, podría considerarse justificada tal práctica debido a que los intereses de los rehenes inocentes serían preponderantes respecto a los de los terroristas encarcelados. La vida de los primeros sería salvada y los terroristas sólo sufrirían restricciones en su integridad corporal y dignidad personal. Sin embargo, el carácter fundamental de esta última impide que se justifique el recurso a la tortura, aun en la situación dramática descrita en el ejemplo. Así mismo, la cláusula de la “adecuación del medio” debe ser comprendida en el sentido de que la violación de la dignidad de la persona jamás puede ser considerada como apropiada para la salvaguardia de intereses. Dicho de otra manera, la protección de la dignidad humana no puede ser objeto de una valoración que conduzca a debilitarla.

De esta manera, en la práctica, pueden apreciarse mejor los casos límites 1498 en los que la preponderancia de un interés existe sin que sea sin embargo conveniente admitir la justificación del hecho en consideración de la valoración global comunitaria. Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula

⁴⁴⁹ JAKOBS, 1991, 13/36.

⁴⁵⁰ ROXIN, 2006a, § 16 N° 86.

⁴⁵¹ ROXIN, 2006a, § 16 N° 85.

de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte.

- 1499 La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que si bien no hay por qué reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (p. ej., entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa en favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse. No se justifica, en consecuencia, extraer un riñón a una persona sin su consentimiento para salvar a un paciente que se halla en peligro de muerte.
- 1500 La importancia de la autonomía de disponer de un bien jurídico no constituye siempre el criterio decisivo en la ponderación de los intereses en conflicto. En ciertas ocasiones de poca relevancia, puede reconocerse preponderante salvar el bien aun cuando el acto suponga tanto la lesión de otro, como la violación del derecho a disponer de él. Por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de sangre de un grupo sanguíneo específico para salvar la vida de otra persona. A favor de esta excepción cuenta el hecho de que el mismo ordenamiento jurídico estatuye limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, con respecto a los bienes salud e integridad corporal. En el TP del Código Sanitario (art. VI), se dispone que “ninguna persona puede eximirse de las obligaciones impuestas por las normas de salud”. Además, en las competencias de las autoridades de salud, se menciona, por ejemplo, “el empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas a efecto de hacer posible su acción sobre las personas y las cosas” (art. 8, lit. c). En contra, se argumenta que de esta manera se utiliza a una persona como simple medio; lo que constituye un grave atentado contra su dignidad. Esta objeción supone, sin embargo, una hipertrofia del respeto de la dignidad humana que contradice el mismo derecho de salvar bienes jurídicos fundamentales causando perjuicios insignificantes. En el caso de la extracción

de sangre no consentida, significaría entonces que habría que dejar morir al individuo en peligro. La dignidad de la persona no es siempre lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales⁴⁵².

8. Casos particulares

En los ejemplos dados hasta ahora, el conflicto de intereses concierne sobre todo a dos o más personas. Sin embargo, el estado de necesidad justificante también entra en consideración cuando dicho conflicto se presenta entre intereses pertenecientes al mismo individuo. El caso citado con más frecuencia, es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar o no a un niño sobre la lona de salvamento para evitar su muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado necesidad justificante. La mayor parte de las veces, se tratará sobre todo de casos relativos al consentimiento presunto: el agente, en lugar de decidir sobre un conflicto de intereses, deberá entonces actuar considerando cuál hubiera sido la decisión que hubiera adoptado el titular del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, el médico que debe decidir si amputa una pierna al accidentado inconsciente y en peligro de muerte⁴⁵³. En consecuencia, la ponderación objetiva de los intereses en conflicto no entra en consideración. 1501

Un caso especial se da cuando los bienes jurídicos en conflicto pertenecen a la misma persona, de modo que uno de éstos debe ser sacrificado para salvar el otro. Por ejemplo, el médico que debe practicar una transfusión de sangre a una persona, quien, por convicciones religiosas no admite dicha intervención. En este caso, análogo al estado de necesidad, el acto necesario afecta la esencia o núcleo intangible de la libertad de creencia, la cual constituye un aspecto substancial de la dignidad personal. Sin embargo, si tal rechazo sólo tiene el objetivo de suicidarse, hay que distinguir si la persona concernida es o no capaz de tomar la decisión de morir. Si lo es, el derecho a la autodeterminación personal prima y, por lo tanto, el acto necesario cometido no puede ser justificado. Pero si la persona es incapaz, hay que tener en cuenta su voluntad presunta y debe intervenir como lo haría quien debe administrar favorablemente los intereses que se le hubieran encomendado mediante un mandato. Sobre todo, si se piensa que la 1502

⁴⁵² ROXIN, 2006a, § 16 N° 44.

⁴⁵³ ROXIN, 2006a, § 16 N° 88.

persona en cuestión puede haber cambiado de opinión en el último momento, hecho que podría ser la causa del fracaso del suicidio. En realidad, se está frente a un conflicto de deberes⁴⁵⁴.

- 1503 Los órganos del Estado también pueden pretender que algunos de sus actos sean justificados por el estado de necesidad. Sin embargo en los casos en los que el conflicto entre la conservación de intereses públicos y la protección de intereses particulares se presente, debe considerarse que el estado de necesidad no debe ser aplicado de manera automática en favor de los primeros.

9. Elemento subjetivo

- 1504 El agente debe ser consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante⁴⁵⁵. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa, sin embargo, que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria. Esto se desprende del mismo texto de la disposición legal. Según la primera parte del inc. 4 del art. 20, el agente debe “realizar un hecho destinado a conjurar” el peligro en el que se encuentra o se halla otra persona. Si ésto no ha sido su finalidad, habrá cometido sólo una tentativa: el resultado de su acción no representa un desvalor por ser objetivamente conforme al orden jurídico, siendo entonces aplicables los mismos criterios establecidos en relación con la legítima defensa.

10. Conflicto de deberes jurídicos

- 1505 El art. 20, inc. 4, debido a que sólo trata de conflictos de interés, no puede ser aplicado a todos los casos de conflictos de deberes. La doctrina los comprendió no obstante en la causa de justificación supra legal del estado de necesidad. Sin embargo, al incorporarse el criterio discriminatorio en la regulación legal del estado de necesidad, no fue considerado ese tipo de conflictos. Esto se debió, primero, al hecho de que se estimó demasiado difícil establecer una norma bastante clara y precisa debido a la multiplicidad de tipos de conflictos de deberes y, segundo, porque se pensaba de manera dominante que, tratándose de estos últimos en actuaciones equivalentes, siempre se procedía ilícitamente.

⁴⁵⁴ Cfr. *supra* N° 1505 ss.

⁴⁵⁵ GROPP, 1997, § 6 N° 147; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 84; ROXIN, 2006a, § 16 N° 91. CHOCANO RODRÍGUEZ, 2003, p. 280 ss.

Para entender mejor el conflicto de deberes hay que tener en cuenta el significado del deber de acuerdo con la norma que lo estatuye. Así, mediante una norma prohibitiva (no matar) se impone la no ejecución de un comportamiento (matar una persona), mientras que mediante una norma preceptiva (auxiliar a una persona en peligro) se obliga a ejecutar la acción esperada (ayudar a una persona en peligro). En el caso de la pluralidad de deberes de abstenerse (prohibición de matar, robar, etc.), no hay en realidad conflicto de deberes porque es posible abstenerse al mismo tiempo de violar varias prohibiciones. Si esto no fuera posible, sino que el agente debe escoger entre uno de los deberes de no actuar, se presenta el estado de necesidad. Este es el caso, por ejemplo, del conductor que no puede detener su automóvil porque se han vaciado los frenos y se ve obligado a escoger entre atropellar a los peatones que cruzan la calzada o desviar su vehículo de modo a causar sólo daños en la propiedad ajena. Siendo el interés preponderante el de salvar la vida de las personas, el conductor sólo actúa lícitamente si viola el deber de no dañar el patrimonio ajeno. 1506

Una colisión de deberes se presenta de manera efectiva cuando una persona está obligada a obedecer diversos mandatos de actuar, de modo que no puede respetar uno sin violar el otro. En el caso de un incendio en un museo, por ejemplo, el jefe de los bomberos puede encontrarse en la alternativa de escoger entre salvar a una persona de la muerte o evitar la destrucción de una obra maestra. Lo mismo sucede cuando un padre, con ocasión de un naufragio, sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que están por ahogarse. En todas estas situaciones se oculta, en realidad, un conflicto de bienes jurídicos⁴⁵⁶, ya que sus titulares tienen interés en su salvaguarda. En consecuencia, es factible recurrir al estado de necesidad para justificar la intervención de la persona concernida, sobre todo cuando el deber a respetar o el bien jurídico a salvar es el más importante⁴⁵⁷. Así, el jefe de bomberos debe salvar la vida sacrificando el bien patrimonial. 1507

Sin embargo, en el caso del padre las opiniones discrepan. Algunos sostienen⁴⁵⁸ que la violación de los deberes siempre es un acto ilícito por ser equivalentes. Para el orden jurídico, en esta perspectiva, el cumplimiento de todo deber es de la misma importancia, sin que sea factible preferir el cumplimiento de uno en detrimento de otro. El conflicto que se presenta 1508

⁴⁵⁶ STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 64.

⁴⁵⁷ GROPP, 1997, § 6, N° 126; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 736; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 136 ss.

⁴⁵⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 V 1 c; GALLAS, 1954, p. 340 ss.; HAFTER, 1946 p. 102.

no debe producir un cambio en la manera cómo se aprecian por lo general los valores, de modo que consideran que sólo puede admitirse una circunstancia de no culpabilidad.

- 1509 Otros autores afirman, por el contrario, que el acto necesario se justifica porque el orden jurídico deja al agente la posibilidad de decidir sobre el deber que va a respetar. Admitir esta alternativa sería preferible que imponerle la obligación de actuar bajo el temor de que será considerado penalmente responsable. Esto es incompatible con el fin de proteger bienes jurídicos. Por último, algunos sostienen que no hay que aplicar el estado de necesidad, ya que un comportamiento sólo puede ser valorado como indebido cuando el orden jurídico está en condiciones de señalar cuál es el adecuado en la situación dada. De manera correcta, consideran que hay que admitir una causa de justificación supra legal, dado que la situación no es comprendida por el estado de necesidad justificante porque ninguno de los intereses en conflicto puede ser tenido como el preponderante (en el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus hijos cuando los dos niños tienen el mismo derecho a sobrevivir).
- 1510 La intervención en contra de los intereses de un tercero (cumplimiento de un deber de actuar) sólo es preponderante con base en un fundamento legítimo específico que hace surgir un conflicto entre un deber de obrar y un deber de abstenerse. El autor debe abstenerse si no existe esta razón. De modo que si un médico debe escoger entre un deber de actuar (salvar al mayor número de detenidos de la tortura) y un deber de abstenerse (no participar en el proceso de escoger qué detenidos deben ser torturados), si no se abstiene comete un acto ilícito porque las víctimas no son responsables del conflicto de deberes en cuestión⁴⁵⁹.
- 1511 Cuando los intereses en conflicto son equivalentes, debe distinguirse si se trata de un conflicto entre un deber de actuar y otro de omitir. El médico que dispone de un único aparato de reanimación se ve en el dilema de privar de asistencia al paciente agonizante que goza de esta ayuda para brindársela al joven accidentado que ha sido trasladado de manera urgente. Según la opinión dominante, la prohibición de actuar (relativa al primer paciente) prima sobre la omisión de prestar auxilio al segundo, de modo que si el médico infringe el deber de socorro habrá actuado conforme a derecho. Sin embargo, de manera convincente, se sostiene también que de-

⁴⁵⁹ ROXIN, 2006a, § 16 N° 104; GROPP, 1997, § 6 N° 160; WESSELS/BEULKE, 1980, N° 735.

ben considerarse ambos deberes como equivalentes, pues, ambos comportamientos (la comisión y la omisión) merecen ser desaprobados.

La misma afirmación se hace respecto al conflicto de dos deberes de actuar: 1512 por ejemplo, el padre que, ante la imposibilidad de salvar a sus dos hijos menores del ahogamiento, debe decidirse en favor de uno de ellos. Cada uno de los titulares de los bienes jurídicos en peligro tiene evidentemente un interés en que el suyo sea protegido. Parte de la doctrina sostiene que el incumplimiento de uno de los deberes siempre será ilícito. La base de esta tesis es, por un lado, que ninguna de las violaciones puede ser aprobada porque el cumplimiento de una de ellas es tan importante para el ordenamiento jurídico como el de la otra y, por otro, que el conflicto es la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad y que no puede modificar las valoraciones generales⁴⁶⁰. Contra esta argumentación se objeta que para poder juzgar como ilícito un comportamiento, al menos en principio, debe existir la posibilidad de comportarse conforme al derecho. Por lo tanto, “el ordenamiento jurídico sólo puede desaprobar jurídicamente y calificar como indebida una conducta, si puede decir qué es correcta y qué se hubiera podido hacer”⁴⁶¹. Sin embargo como no puede aplicarse el art. 20, inc. 4, porque los intereses en conflicto son equivalentes, resulta indispensable aceptar que se trata de una causa de justificación supralegal⁴⁶². Por eso, la regla sería que, ante un conflicto de deberes jurídicos de actuar, obra de manera justificada quien cumple el deber más importante o, al menos, de igual valor que el otro deber⁴⁶³.

11. Estado de necesidad putativo

Al igual que en el caso de la legítima defensa putativa⁴⁶⁴, cuando no concurre 1513 la circunstancia material del estado de necesidad (situación de peligro) no cabe aplicar el art. 21, pues, éste resulta válido sólo cuando se trata de un estado de necesidad incompleto, es decir, cuando existe un estado de peligro (circunstancia material) pero no concurre uno de los otros elementos del estado de necesidad. Es en estos casos que habría que analizar si es o no vencible el error de creer que concurre una situación de peligro que

⁴⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 33 V 2.

⁴⁶¹ ROXIN, 2006a, § 16 N° 105.

⁴⁶² Cfr. CHOCANO RODRÍGUEZ, 2003, p. 275.

⁴⁶³ ROXIN, 2006a, § 16 N° 111.

⁴⁶⁴ Cfr. *supra* N° 1405 ss.

podría dar lugar a un estado de necesidad justificante. Éstos, por lo demás, tendrían que ser tratados según las reglas del error de tipo; pero no así los errores que recaigan sobre los límites del estado de necesidad, que son de prohibición.

VIII. Otras causas de justificación

1. Evolución legislativa

- 1514 En el art. 85, incs. 4 y 5, CP de 1924, se preveían dos circunstancias especiales. Se declaraba exento de pena, primero, a quien “practica un acto permitido por la ley o procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión” y, segundo, a quien “obra por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones”.
- 1515 Las fuentes legislativas fueron los modelos suizo (art. 31 del Proyecto de 1918) e italiano (Código italiano de 1889, art. 49, inc. 1). De este último, se adoptó la circunstancia del obrar conforme a una “orden obligatoria de autoridad competente”. Del primero, la del acto permitido u ordenado por la ley y la del acto ejecutado en cumplimiento de los deberes de función o de profesión. Estos modelos determinaron un sensible progreso tanto con respecto al CP de 1863 (art. 8, incs. 9, 10 y 11), como a nuestro Proyecto de 1916, ambos muy influenciados por la legislación española (art. 69, incs. 7, 8 y 9, CP de 1848-50).
- 1516 Según el art. 20, no es castigado, por un lado, “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (inc. 8) y, por otro, “el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones” (inc. 9). Así, nuestro legislador se alejó del modelo suizo aproximándose al español. En el inc. 8, ha reproducido el texto del art. 8, inc. 11, CP español hoy derogado; pero conservando, al inicio, la referencia al acto ejecutado por disposición de la ley. En cuanto al inc. 9, se trata de una versión mejorada de la segunda frase del art. 85, inc. 4, del CP de 1924.
- 1517 Con respecto al art. 32 del CP suizo⁴⁶⁵, se afirmó que sólo constituye una simple declaración general y un renvío a todas las demás reglas del orden

⁴⁶⁵ “No constituye una infracción penal, el acto ordenado por la ley, o por un deber de función o de profesión; así mismo el acto que la ley declara permitido o no punible” (versión 1942).

jurídico. Stooss⁴⁶⁶ estimó que este precepto servía para recordar a los jueces suizos, quienes no siempre eran juristas, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas de modo expreso en el código. En cuanto a nuestro país, el hecho de que los jueces sean muy formalistas al interpretar la ley justifica que se haya mantenido una disposición de este tipo. Además, esta referencia general a la legalidad no es superflua en un país en el que se viola con frecuencia el principio según el cual toda restricción de los derechos de las personas, por parte de los representantes del poder estatal o de los particulares, requiere siempre una base legal.

Si bien las circunstancias mencionadas han sido, tradicionalmente, tratadas tanto en la legislación como en la doctrina como causas de justificación, el análisis de las mismas muestra que sus efectos no siempre son el de eliminar la ilicitud del comportamiento típico. Sin embargo, por razones de coherencia de la exposición, las tratamos en esta sección. 1518

2. Disposición de la ley

La fórmula “disposición de la ley” es bastante amplia. Puede ser comprendida en el sentido de que establece cuáles son los actos ordenados y cuáles son los permitidos; es decir, que estatuye deberes y derechos. Así, las referencias explícitas al “cumplimiento de un deber” o al “ejercicio de un derecho” sólo ejemplificarían la fórmula general. Esta afirmación se justificaría aún más si se entendiera el término “ley” de manera extensiva, como “derecho”. 1519

Lo mismo se puede decir respecto a la mención del oficio o del cargo. Todo oficio debe ser autorizado o tolerado por la ley; es decir, no prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo. En efecto, según el art. 2, inc. 15, Const., toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley”. En cuanto al hecho de asumir y de ejercer un cargo, supone necesariamente una base legal. Así, por ejemplo, el art. 40 Const. dispone que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”. 1520

Esta última disposición también es el fundamento de la referencia al obrar por “orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”. Las condiciones que legitiman el actuar de la autoridad, así como las de la acción del ejecutor de la orden están generalmente establecidas por la ley que regula los deberes de ambos. 1521

⁴⁶⁶ STOOSS, 1897, p. 223; ZÜRCHER, 1914, p. 15.

- 1522 Por todo esto, las diversas circunstancias previstas en los incs. 8 y 9 del art. 20 pueden ser clasificadas en dos grupos: primero, los actos ordenados por la ley y, segundo, los que ésta permite o autoriza. Diferenciándose por supuesto los que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de lo dispuesto en la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta directamente lo que en ésta se dispone. En todo caso, es indispensable que se precise en qué ley se ordena, permite o autoriza el acto realizado. Esto vale, también, en relación con el derecho consuetudinario aplicado, según el art. 149 Const., por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y, en particular, respecto a las acciones efectuadas por los ronderos, quienes, conforme a la misma disposición constitucional, son auxiliares de dichas autoridades en el ejercicio de sus “funciones jurisdiccionales”. Esto no lo ha cumplido la Corte Suprema⁴⁶⁷ al absolver a ronderos por los delitos de secuestro, usurpación de funciones, violencia y resistencia a la autoridad, sin indicar las normas de derecho consuetudinario que estarían en la base de los comportamientos ejecutados. No basta referirse en general al derecho consuetudinario aludiendo además, de manera equivocada, el art. 149 Const. En concreto, se afirmó que: «si los procesado, en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados, sin embargo, su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado dentro del art. 149 de la Constitución” y que “al haber concurrido la causa de justificación del «actuar por disposición de la ley» en el presente proceso, en consecuencia, si bien la conducta es típica, no es antijurídica, por ende, tampoco culpable”.
- 1523 En contra de lo que permite suponer una lectura superficial de las disposiciones en estudio, el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, el realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son, sin embargo, factores suficientes para justificar un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. Por eso, los incs. 8 y 9 del art. 20 constituyen tipos abiertos o normas de reenvío⁴⁶⁸, ya que su aplicación sólo es posible en la medida en que sean complementadas por otras normas, que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.

⁴⁶⁷ ES del 9 de junio de 2004, RN N° 975-04-San Martín, Cfr. CARO JHON, 2007, p. 181. Ver el AP N° 01-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, analizado anteriormente, Cfr. *supra* N° 355 ss.

⁴⁶⁸ LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 32, 1.

3. Cumplimiento de un deber

La referencia a “un deber” (art. 20, inc. 8) debe entenderse que se trata de “un deber jurídico”. No basta, en consecuencia, un deber moral⁴⁶⁹. Si el autor se limita a cumplir con su deber y comete así un acto que reúne las condiciones señaladas en una disposición de la parte especial del Código, dicho acto no contradice al ordenamiento jurídico, por tanto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico obligara una persona a actuar y la hiciera, al mismo tiempo, penalmente, responsable de su comportamiento⁴⁷⁰. 1524

Según el art. 142 del CdePP (art. 163, inc. 1, del NCPP), el testigo debe decir la verdad y, de acuerdo con el art. 409, será reprimido si comete falso testimonio. Por lo tanto, no se le puede, al mismo tiempo, considerársele responsable, por ejemplo, por calumnia (art. 131), si imputa al procesado un comportamiento delictuoso. 1525

El interés de que la administración de justicia funcione bien prima⁴⁷¹ sobre el interés individual del procesado de no ser atacado en su honor. Pero esto no significa que el cumplimiento del deber sea ilimitado: su ejercicio está restringido tanto por la finalidad del deber, como por la necesidad de realizar el acto típico. En el caso del testigo, éste no tiene por que manifestar alegaciones contrarias al honor del procesado que sean innecesarias para esclarecer su responsabilidad. En la medida en que lo haga, sobrepasa los límites del deber que le impone la ley. De modo que su comportamiento deja de ser el ejercicio legítimo de un deber legal. 1526

Como en el estado de necesidad, en la hipótesis planteada se trata de un conflicto de deberes: por un lado, un deber de acción (decir la verdad al testimoniar) y, por otro, un deber de omisión (no atentarse contra el honor de una persona). Conflicto en el que se confrontan intereses: el de la colectividad en una buena administración de justicia y el de la persona al respeto de su dignidad. La circunstancia que falta para que sea aplicable el art. 20, inc. 4, es la situación de peligro inherente al estado de necesidad. Por esto, 1527

⁴⁶⁹ VELÁSQUEZ, 2010, p. 419 ss.; BUSTOS, 1989, p. 225; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 III, p. 508. COLMENERO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 237 ss. Cfr. ES del 21 de abril de 1998, RN N° 2683-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 138; CP de 1848-50, ES del 22 de enero de 1998, Exp. N° 1346-97 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 142; ES del 5 de abril de 1999, Exp. N° 2455-98 Lima, en ROJAS, 2000, p. 413. De manera confusa por hablarse de imputación del resultado: CP de 1848-50, ES del 12 de junio de 1998, RN N° 4075-97 Lima, en ROJAS, 2000, p. 9.

⁴⁷⁰ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 208; BETTIOL, 1969, p. 290.

⁴⁷¹ SANZ CANTERO, II, p. 347.

era necesario prever una regla especial que, sin embargo, no constituyera una carta en blanco para quien al actuar debe cumplir un deber jurídico.

4. Ejercicio legítimo de un derecho

a. Teoría

- 1528 Otorgar derechos a las personas supone concederles así mismo los medios necesarios para ejercitarlos y defenderlos. La fuente principal de estos derechos es, sin duda alguna, la Constitución, en la medida en que establece los derechos personales y sociales fundamentales. Pero, el mayor número de derechos reconocidos (llamados derechos subjetivos) se encuentra en las diversas leyes, en los actos jurisdiccionales o administrativos, en los negocios jurídicos y en la costumbre⁴⁷².
- 1529 Según la terminología tradicional, debe tratarse de derechos en el sentido de poder facultativo de obrar; es decir, de prerrogativas reconocidas en las disposiciones legales para hacer o dejar de hacer algo. Poco importa sin embargo cómo se les denomine (derechos subjetivos, potestativos, etc.)⁴⁷³. Su ejercicio, de eficacia *erga omnes*, implica en general la afectación de los derechos de otras personas. Al fijar los límites de estos derechos, se determina la fuerza justificante de su ejercicio.
- 1530 Este ejercicio puede implicar la realización de un acto calificado de delito por la ley. Esta posibilidad la ha previsto el legislador, por lo que, para evitar contradicciones en el sistema, lo declara exento de pena debido a que el autor ejerce un derecho al actuar. Este principio responde a una exigencia lógica: sería absurdo reconocer, por un lado, a una persona la libertad de actuar a nombre de un interés determinado y, por otro, calificar la actividad que desarrolla de ilícita⁴⁷⁴. Además, en la perspectiva de la función justificadora, el ejercicio de un derecho, supone un conflicto entre dos derechos: el que es ejercido y el que es limitado por este ejercicio. El derecho que prima es el más importante y, en caso de igualdad, cualquiera de ellos. Según la Constitución, se deben salvaguardar en primer lugar los derechos que conciernen directamente a la dignidad de la persona. Así mismo, hay que tener

⁴⁷² CARACCIOLI, 1965, p. 93 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 204.

⁴⁷³ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 204.

⁴⁷⁴ BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, 1988, p. 368.

en cuenta los principios generales relativos a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales⁴⁷⁵.

En sentido amplio, por tanto, se puede considerar que el ejercicio de un derecho comprende otras causas de justificación. Así, la legítima defensa es el derecho a proteger por sí mismo bienes personales puestos en peligro por un ataque ilícito. Este ejemplo pone en evidencia que no cualquier ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho comportamiento sea realizado dentro del marco establecido por la norma; es decir, sin incurrir en un abuso del derecho. Es fundamental sobre todo determinar si su titular puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente. 1531

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho ilimitado a hacerse justicia por sí mismo. Es verdad que muchos son los casos en los que el ejercicio de los derechos tiene lugar en armonía con las personas concernidas. Por ejemplo, el vecino que corta las ramas de los arbustos que sobrepasan el límite de su jardín, sin que el propietario se considere víctima de daños contra su propiedad. Pero en caso de oposición de éste, el primer vecino no puede imponer su derecho mediante actos que impliquen la restricción de los derechos del propietario; por ejemplo, ingresando en el predio de éste sin su autorización. Por lo tanto, no podrá justificar tal comportamiento invocando el ejercicio de su derecho. 1532

De igual manera, el acreedor no puede ejercer violencia o amenazas contra el deudor moroso para recuperar el dinero que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales necesarias para hacer respetar su derecho. Por esto incurre en delito, fuera de los otros que haya cometido en concurso (coacción, vías de hecho), quien, “con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo” (art. 417). El límite del ejercicio del derecho está dado, pues, por el carácter arbitrario del comportamiento del agente; es decir, un comportamiento dictado sólo por la voluntad o el capricho. Actúa de un modo arbitrario quien recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio prohibido por el ordenamiento jurídico. 1533

b. Ejemplos

A veces, sin embargo, el orden jurídico autoriza a los particulares a intervenir para hacerse justicia. En el derecho privado, es el caso, por ejemplo, de 1534

⁴⁷⁵ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 205.

la defensa posesoria. Según el art. 920 del CC, “el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”. En consecuencia, el acto de fuerza que cometa contra el usurpador será típico (coacción, vías de hecho) pero no ilícito, siempre que se limite a ejercer legítimamente su derecho.

- 1535 En materia penal, el art. 106, inc. 8, pf. 3, del CPP de 1991 preveía que los particulares podían “practicar la aprehensión” en los casos de flagrancia. Según el pf. 2. de la misma disposición, “hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el delito o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo”. En el art. 260 del NCPP, se regula el arresto ciudadano. Según su inc. 1, en los casos de flagrancia y dadas las circunstancias previstas en el art. 258, inc. 2, “toda persona podrá proceder al arresto”. Este permiso tiene la finalidad de hacer factible la persecución penal del responsable. En consecuencia, debe tratarse de un hecho penal y es necesario que se den las condiciones legales que hacen de una persona la sospechosa de ser su autor. La privación de libertad debe practicarse recurriendo a los medios adecuados según las circunstancias. Como se puede tratar de un inocente, el particular, de la misma manera que la autoridad, sólo deberá violar los derechos de la persona concernida en la medida necesaria para detenerla, Por esto se dispone, ésta debe ser entregada de inmediato a la autoridad competente y se precisa que se comprende “por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado”. En consecuencia debe evitarse toda violación de la dignidad de la persona.
- 1536 Otro caso interesante es el denominado *jus corrigendi*. La educación de los menores requiere con frecuencia el recurso a ciertas medidas que constituyen restricciones a sus derechos fundamentales: por ejemplo, libertad, honor, integridad o bienestar corporal. Quien recurre a estos medios realiza actos conformes a ciertos tipos penales: privación ilícita de la libertad, injuria, maltratos. Los especialistas en la materia discrepan sobre la necesidad de estos castigos. Sin embargo, la experiencia diaria nos enseña que resulta casi imposible evitar recurrir a algunos de ellos en el proceso de disciplinarlos. Al mismo tiempo, se reconoce casi en forma unánime que

estos medios no deben provocar ningún daño en la persona del menor, ni consistir en actos denigrantes o humillantes⁴⁷⁶. De ser este el caso, se le traumatizaría y los resultados serían contraproducentes⁴⁷⁷.

El Código Civil, en su art. 423, inc. 3, prevé que el titular de la patria potestad tiene el derecho a corregir con moderación al menor y, en los casos en que esto no bastase, de recurrir a la autoridad judicial para solicitar el internamiento del niño en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. Los límites de este derecho de corrección están determinados esencialmente por la declaración constitucional referente a la protección de la persona y al respecto de su dignidad (art. 1), así como a la prohibición de toda violencia física, moral o síquica y los tratos inhumanos o humillantes (art. 2, inc. 28, lit. h). Así mismo, por la finalidad atribuida a la educación: es decir, “el desarrollo integral de la persona humana” (art. 13, *in initio*, Const.)⁴⁷⁸. 1537

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Constituye una facultad personal que no puede ser cedida a terceros, contra la voluntad de su titular, sobre la base de un supuesto interés público⁴⁷⁹. Por lo tanto, no puede ser ejercido sobre los hijos de otros⁴⁸⁰. Los padres tienen, sin embargo, la posibilidad de delegar a terceros su derecho de corrección cuando, por circunstancias particulares (ausencia, por ejemplo), no puedan ejercerlo. 1538

Los maestros tampoco son titulares del derecho de corrección. Deben cumplir su labor docente y conservar la disciplina de los alumnos conforme a los criterios pedagógicos y a las normas que regulan su actividad, pues, se trata más bien del ejercicio de un oficio⁴⁸¹. Pueden sin embargo, con un fin educativo o disciplinario, emplear medios coactivos que lesionan la libertad (expulsar del salón de clase) o el patrimonio del menor (confiscar una revista pornográfica)⁴⁸². En todo caso, el ejercicio de esta potestad debe hacerse de conformidad con las disposiciones legales o administrati- 1539

⁴⁷⁶ ROXIN, 2006a, § 17 N° 33, 35.

⁴⁷⁷ MAURACH/ZIPE, 1992, § 28, N° 28.

⁴⁷⁸ En este sentido, FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 207; CEREZO MIR, II, p. 57; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 35 III 1 ss.

⁴⁷⁹ ROXIN, 2006a, § 17, N° 37.

⁴⁸⁰ BETTIOL, 1943, p. 33; p. 173.

⁴⁸¹ NOLL, 1955, p. 38

⁴⁸² GERMANN, 1942, p. 316; JUNG, p. 15; KAUFMANN, J., p. 17.

vas pertinentes y recurriendo a medios adecuados. Los maltratos de cierta gravedad, sobre todo los que afectan a la salud, nunca serán justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección⁴⁸³.

- 1540 Resulta también interesante el derecho de huelga, estatuido en la Constitución (art. 28, inc. 3). Este derecho es una conquista social lograda por los trabajadores con mucho sacrificio. Constituye un medio de defensa de sus derechos y de lucha en favor de otros. Su ejercicio tiene efectos negativos sobre los derechos de terceros, comprendidos los de los patrones o empleadores. Los actos (abandono del puesto de trabajo, interrupción de la cadena de producción, perturbación del orden o circulación públicos por manifestaciones callejeras, no mantenimiento de los medios de trabajo, etc.) que producen dichos efectos constituyen objetivamente comportamientos típicos, pero no deben ser calificados de ilícitos por ser indispensables al ejercicio de un derecho constitucional. Sólo en la medida en que sobrepasen este límite, se considerarán no justificados por el ejercicio del derecho de huelga (p. ej., actos vandálicos contra la propiedad de terceros con motivo de una manifestación, destrucción de maquinarias para evitar que otros trabajadores reanuden las labores, agresión física contra los opositores a la continuación de la huelga). Este último ejemplo constituye, con claridad, la negación del derecho a la libertad del trabajo y del derecho de huelga; pues, se trata de una facultad (de ejercitarlo o no). Este límite es externo, por oposición a los límites internos o consustanciales al derecho de huelga⁴⁸⁴.
- 1541 Dificultades importantes se encuentran en el ámbito de los delitos contra el honor respecto a la actividad periodista, así como a las informaciones o noticias sobre el quehacer de políticos u otras personalidades públicas. En relación con un caso de difamación, en la jurisprudencia, se ha afirmado que “corresponde analizar si se esta ante una causa de justificación -si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero. En nuestro Código, la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el

⁴⁸³ WAIBLINGER, *FJS* N° 1204, p. 7; HAFTER, 1946, p. 163; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 32 2 c.

⁴⁸⁴ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 206.

art. 20, inc. 8, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal “El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...”⁴⁸⁵.

Un reconocimiento extremo, al mismo tiempo que ineficaz, del efecto justificante del ejercicio de un derecho es el referente al derecho de insurgencia consagrado en la Constitución (art. 46, pf. 2). La población civil tiene el derecho de insurgirse “en defensa del orden constitucional”. Este derecho se ejerce tanto contra el golpe de Estado desde arriba (“autogolpe”) como contra el golpe de Estado desde abajo (golpe militar o rebelión popular armada)⁴⁸⁶. Su ejercicio supone que la rebelión contra el Estado constitucional haya comenzado, no siendo suficientes los actos preparatorios. Además, tiene un carácter subsidiario, pues, supone que el Estado no pueda defender el orden jurídico. La ineficacia de esta norma declarativa resulta del hecho que se refiere a una situación de orden eminentemente político. En efecto, los golpes de Estado y las rebeliones populares no pueden ser evitados mediante normas jurídicas, pues, sus causas son sociales, políticas y culturales. La represión de los infractores del orden constitucional depende, en la práctica, de su éxito o fracaso.

5. Cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

a. *Ámbito civil*

El art. 8 del CP de 1863 disponía que estaba exento de responsabilidad criminal “el que obra en virtud de obediencia debida a un superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y concurren los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida”. De manera breve, el art. 85, inc. 5, del CP de 1924 estatuyó de manera similar “que obra por [...] orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

En el art. 27 Proyecto de octubre de 1984, se regulaba, como circunstancia excluyente de culpabilidad, que el hecho punible sea «cometido bajo coacción irresistible o en estricta obediencia a una orden, no manifiestamente ilegal, del superior jerárquico». En este caso, se concluía afirmando que «sólo es punible el autor de la coacción o de la orden». En el Proyecto de 1986, se retomaba esta disposición en el art. 30. El art. 20, inc. 9 del

⁴⁸⁵ ES del 6 de abril de 2010, Exp. N° 4325-2008 Cusco.

⁴⁸⁶ ROXIN, 2006a, § 16 N° 116.

Código vigente reproduce textualmente esta regla, como ya se hacía en los Proyectos de enero (art. 20, inc. 9) y abril de 1991 (art. 20, inc. 9).

- 1545 Así, nuestro legislador regula la obediencia debida como una circunstancia autónoma, distinta de los casos que constituyen un “obrar por disposición de la ley”. En realidad, el inferior que cumple un mandato obligatorio de su superior obra, en buena cuenta, en “cumplimiento de la ley”⁴⁸⁷. Por tanto, si el legislador no hubiera regulado de manera expresa esta circunstancia, hubiera bastado con interpretar debidamente la regla que declara impune el hecho de “obrar por disposición de la ley” (art. 85, inc. 5 del CP de 1924 y art. 20, inc. 8, *in initio*, del Código vigente). Además, no hay que olvidar que la obediencia debida tiene fuertes relaciones con el “cumplimiento de un deber jurídico”, puesto que el subordinado tiene el deber legal de obedecer a sus superiores.
- 1546 Su regulación expresa se justifica, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y quien ejecuta la orden, pues, resulta necesario determinar la responsabilidad de ambos y no sólo de quien ejecuta material y directamente la acción típica. A diferencia del caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico de la obediencia debida radica en el hecho de que no existe una relación directa entre el precepto y quien ejecuta el comportamiento típico, sino que entre éstos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que el acto sea ejecutado. Esta estructura determina una triple relación: entre el superior y el inferior, entre éste y la persona que padece el acto ordenado y, por último, entre la víctima y el superior⁴⁸⁸.
- 1547 La relación jerárquica supuesta por la obediencia debida es de orden público e implica, por un lado, la potestad de mandar del superior y, por otro, el deber de obediencia del inferior⁴⁸⁹. Por la índole de sus funciones, existen diferencias, por ejemplo, entre la obediencia en el ámbito militar y la obediencia en la administración pública civil. Por esto hay que tener en cuenta las respectivas disposiciones legales que las regulan.
- 1548 La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que sea competente para impartir la orden y, además, que

⁴⁸⁷ Jiménez de Asúa, 1964, T. IV, p. 506; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 N° 7 ss.

⁴⁸⁸ DU PUIT, 2002, p. 241 ss; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, 1981, p. 521 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 470. Cfr. ARNDT, 1966, p. 145 ss.; JESCHECK, 1965b, p. 63 ss.

⁴⁸⁹ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 209; VELÁSQUEZ, 2010, p. 474.

ésta cumpla con la forma prescrita⁴⁹⁰. Esto es lo que establecía art. 8, inc. 9 del CP de 1863, cuando disponía que el superior debía proceder “en uso de sus atribuciones” y que debían concurrir “los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida”.

A estas condiciones formales debe agregarse un límite material⁴⁹¹. La orden impartida por el superior no debe vulnerar el orden jurídico y, en particular, no debe constituir un atentado contra la dignidad humana. Un caso evidente de orden no obligatoria por razones materiales es aquel en el cual el superior ordena cometer un hecho que reviste relevancia penal⁴⁹². Al respecto, y de manera general, debe recordarse que los intereses del Estado que pueden ser cumplidos o reforzados por la orden del superior nunca pueden prevalecer sobre el respeto de la dignidad de la persona; porque ésta, según el art. 1 Const., es el valor supremo en nuestro ordenamiento jurídico. La persona afectada por el comportamiento abusivo ordenado por el superior podría entonces defenderse con derecho contra el inferior que lo ejecuta o trata de ejecutarlo⁴⁹³. 1549

El inferior debe señalar de inmediato al superior las dudas que tenga sobre el carácter ilícito del comportamiento que se le ordena ejecutar. En caso de estar, sin embargo, obligado a cumplir la orden, será sancionado en la medida en la que sea culpable. El superior, por su parte, será responsable por haber incitado al inferior a cometer el acto típico. 1550

Según nuestro orden constitucional⁴⁹⁴ resultaría inadmisibles pretender, alegando que el aparato estatal podría ser paralizado, que el mandato de un superior goza de una presunción de legitimidad y que excluye así todas las dudas u objeciones de quien debe cumplirlo. Las normas que regulan la actividad del Estado ofrecen vías suficientes para que eso no suceda. La actividad de sus órganos -en particular, la que implica una restricción de los derechos de las personas- siempre debe tener una base legal. La supuesta razón de Estado no puede fundamentar dicha actividad⁴⁹⁵. 1551

Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las órdenes que puedan dar lugar a la comisión de delitos culposos: Por ejemplo, el superior que ordena 1552

⁴⁹⁰ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 209 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 473.

⁴⁹¹ ROXIN, 2006a, § 17 N° 5 ss.; Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 1991b, p. 334 ss.

⁴⁹² FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 211.

⁴⁹³ ROXIN, 2006a, § 17 N° 12.

⁴⁹⁴ DU PUIT, 2002, p. 242.

⁴⁹⁵ VELÁSQUEZ, 2010, p. 473.

al chofer del vehículo de servicio que lo conduzca a pesar del mal estado en el que se encuentran los frenos. Este ejemplo sirve para demostrar que el inferior no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o se ponga en peligro concreto a terceros. No basta, sin embargo, que del cumplimiento de la orden aparezca como probabilidad lejana producir un tal perjuicio.

- 1553 Por último, quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado. En efecto, su cumplimiento tiende a realizar la “voluntad del sistema jurídico mismo”. Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la ha dictado. Pero el subordinado no incurrirá en reproche alguno si, en las circunstancias en las que actuó, se vio obligado a obedecer (la orden fue confirmada por el superior de quien la dictó), no se dio cuenta de su carácter ilícito, o lo hizo a pesar de la divergencia de criterios con su superior. En estos últimos casos, no se trata de calificar el acto, sino al autor: hay que determinar su culpabilidad. En cuanto al superior (según las circunstancias, autor mediato), será castigado por la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. Al contrario, el juez no podrá penarlo si su orden es conforme a derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado. La doctrina dominante estima que este criterio “diferenciador” permite comprender mejor las disposiciones del Código. Esto se deducía ya con relativa claridad del art. 86 del CP de 1924: “En el último caso del artículo anterior, la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar”.

b. *Ámbito militar*

- 1554 El art. 19, inc. 7 del CJM⁴⁹⁶, disponía que está eximido de pena quien “procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita”. Esta regla, similar a la del CP de 1924, fue abandonada en favor de una más detallada. Así, en el art. 19, inc. 8 del CJMP⁴⁹⁷, se estableció que no será castigado quien “se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la

⁴⁹⁶ DL N° 23214, del 24 de julio de 1980.

⁴⁹⁷ Dleg N° 961, del 11 de enero de 2006.

guerra”. Esta eximente general no figura en la nueva versión del CJMP⁴⁹⁸, establecida por que el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad. Sin embargo, puede ser deducida *a contrario* de lo establecido en el art. 115. En esta disposición, se reprime la insubordinación, que es descrita como el hecho de que un militar o policía “se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio, emitidas por un superior con las formalidades legales, o impide que otro las cumpla o que el superior las imparta u obliga a éste a impartirlas”. Así mismo, es de destacar que en el art. 77 (Órdenes superiores), se estatuye, como atenuante específica, que en “los casos de delito contra el Derecho Internacional Humanitario, se atenuará la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a. No supiera que la orden era ilícita; y b. La orden no fuera manifiestamente ilícita”.

El punto de partida es que los criterios referentes a la obediencia en el ámbito civil son también válidos en el ámbito militar. La cuestión es de determinar si, en razón a la índole y a los fines particulares de este último, dichos criterios deben ser flexibilizados. En particular porque la obediencia militar policial debería ser más estricta con miras a salvaguardar la cohesión de las instituciones militares y policiales⁴⁹⁹. Al respecto es indispensable analizar en detalle la regulación correspondiente aunque sea de manera sucinta. 1555

La no previsión de la obediencia a una orden superior entre las eximentes de pena previstas en el art. 19 del CJMP, podría hacer pensar que se parte de la idea que las órdenes deben cumplirse sin dudas ni murmuraciones y que, por tanto, era superfluo mantener este tipo de prescripción. También permitiría creer que sólo deberían establecerse reglas especiales para fijar excepciones a la obediencia general en algunas materias determinadas. Esto explicaría lo dispuesto en los arts. 77 y 115 del CJMP, respecto a las órdenes superiores y a la insubordinación, respectivamente. Sin embargo, estas suposiciones deben ser abandonadas en consideración, sobre todo, a la interpretación que debe darse a las disposiciones que acabamos de mencionar. 1556

La definición del delito de insubordinación (art. 115 del CJMP) comprende claramente tres elementos: relación de jerarquía entre la persona que emite la orden (el superior) y el que la cumple (el subordinado), orden dictada en 1557

⁴⁹⁸ DLeg N° 1094, del 01 de setiembre de 2010.

⁴⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 1991, p. 336.

el marco del servicio y respeto de las formalidades legales. La obediencia en el marco de la organización militar policial es más estricta que la existente en el ámbito civil entre la autoridad (militar o no) y cualquier miembro de la comunidad civil. En este caso, el destinatario del mandato está obligado a cumplir con la orden de la autoridad competente, porque ésta actúa en ejercicio de un poder que la faculta a dictar mandatos obligatorios y no porque se encuentren vinculados por relación jerárquica especial. Esta relación particular entre superiores e inferiores militares y policiales está determinada por la regulación legal de sus instituciones. El superior debe ser competente para dictar la orden; es decir, emitirla en el ejercicio de sus funciones. La índole especial de esta relación explica que se prevea el delito de insubordinación. Lo que no sucede en relación con las desobediencias de órdenes superiores en la administración pública civil, las cuales son, generalmente, prevista como infracciones de orden disciplinario.

- 1558 Orden es todo mandato dictado por el superior al inferior jerárquico. El art. 115 del CJMP, se limita a indicar que la orden debe cumplir con las formalidades legales. Una interpretación restrictiva de este aspecto del tipo legal, implicaría que el inferior no debe apreciar si lo ordenado es lícito o no. Dicho de otra manera, una vez constatadas las formalidades legales (competencia del superior, en el servicio, escrita, de ser el caso), el mandato debe ser cumplido inmediata y efectivamente. Lo que se justificaría porque la cohesión de la institución requeriría una disciplina estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece.
- 1559 Al respecto, hay que indicar, por un lado, la omisión de referirse, expresamente, a las exigencias materiales de una orden obligatoria es una insuficiencia técnica y de fondo. Principalmente, no indicar que lo ordenado sea conforme al ordenamiento jurídico, ya que la licitud de la orden es, justamente, el fundamento de la existencia de un deber de obedecer. Por otro, que según la Constitución, no hay deber de cumplir órdenes ilícitas; en otras palabras, no existe la obligación absoluta de obedecer los mandatos que dicten las autoridades o los superiores jerárquicos, pues éstos, como el resto de ciudadanos, se encuentran sometidos al derecho. Por lo tanto, no les está permitido dictar órdenes ilícitas, ni es deber de sus destinatarios cumplirlas automáticamente.
- 1560 Del carácter ilícito de la orden se desprende que el superior procede arbitrariamente y que, por tanto, el inferior no está obligado necesariamente

a obedecer. Caso en el que no debe ser considerado responsable del delito de insubordinación, en razón a que no se cumplen todos los requisitos del tipo legal del art. 115 del CJMP (atipicidad del comportamiento). El superior incurre en un exceso en el ejercicio del mando, definido en el art. 130 del mismo código: “El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad [...]”.

En cuanto al inferior que cumple la orden, se plantea la cuestión de su responsabilidad respecto al comportamiento que comete cumpliendo la orden del superior. Cuando la orden es formal y materialmente lícita, el inferior actúa, en realidad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ya que no hace sino acatar un mandato que es conforme a este ordenamiento¹⁸. Dicho de otra manera, no haría sino cumplir con lo mandado por la ley. Razón por la cual su comportamiento es, igualmente, lícito. En caso contrario, si realiza un acto conforme a un tipo legal, es cuestión de determinar si responde penalmente. La respuesta sería negativa en caso de admitirse que tiene la obligación de obedecer aún las órdenes ilícitas, lo que es inadmisibles por las razones antes indicadas. Si se aceptase la interpretación restrictiva, antes criticada, supondría que el subordinado sólo podría ser reprimido cuando tuviera consciencia del carácter ilícito del mandato y, por lo tanto, del comportamiento que ejecutaba en su cumplimiento. Dicho de otra manera, se aplicaría la teoría del dolo, según la cual actúa dolosamente sólo quien es consciente de que comete un acto contrario al ordenamiento jurídico. Si el subordinado no lo sabe no es responsable penalmente porque ha obrado sin dolo⁵⁰⁰. En este sentido, la actuación obediente del subordinado sería atípica. Por el contrario, el superior sería autor mediato detrás de “un instrumento” que no es punible⁵⁰¹. De manera más conveniente, cabe señalar que se trata de una cuestión de culpabilidad y, más exactamente, de error de prohibición.

Al respecto, hay que recordar que en el art. 115 del CJMP, no se hace referencia a la índole ilícita de la orden ni a su conocimiento de parte del inferior, por el contrario en el art. 19, inc. 8, del CJMP, se hacía la salvedad siguiente: “que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o

⁵⁰⁰ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 1995, p. 206 ss. Sobre el derecho foráneo, Cfr. MÜLLER, 1965, p. 36, 138 y 170; MIR PUIG, 2003, p. 432 ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 249; BUSTOS, 1989, p. 256.

⁵⁰¹ Cfr. JAKOBS, 1991, 16/11.

sea contraria a los usos de la guerra”. Criterio que es incorporado, curiosamente para atenuar la pena en “los casos de delito contra el Derecho Internacional Humanitario, se atenuará la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a. No supiera que la orden era ilícita; y b. La orden no fuera manifiestamente ilícita” (art. 77, Órdenes superiores, CJMP del 2010).

- 1563 Para esto último, resulta útil tener en cuenta los criterios que se aplican en los casos de error de prohibición⁵⁰². En este sentido, es evidente que con la expresión “manifiestamente ilícita” se está aludiendo tanto a las exigencias legales como materiales de la orden recibida. Así, ningún subordinado puede alegar que no sabía que era ilícita la orden por la que se le ordenó privar de la libertad y matar a una persona, violar a una mujer o asaltar un banco.
- 1564 El militar, ciego ante la notoriedad del carácter ilícito del mandato, no puede disculparse afirmando que no conocía el carácter ilícito de su comportamiento. Lo que obliga a establecer un criterio para identificar cuándo el error sobre la prohibición era evitable, puesto que cualquier persona razonable podría darse cuenta de la antijuricidad de tal mandato. Esto no significa, sin embargo, negar al subordinado el deber de reflexionar, antes de obedecer, sobre la antijuricidad de la orden que recibe. Esta idea supone reforzar la actitud atenta y responsable de los subalternos, al mismo tiempo que debilita la tendencia a favorecer el hábito de obedecer, fomentado por la idea que el militar debe hacerlo “a ciegas”. Una disciplina de este tipo no es compatible con el Estado de derecho.
- 1565 En este orden de ideas, tanto en el ámbito civil como en el militar, invocar la obediencia a una orden supone que quien debe ejecutarla crea que tiene el deber de realizar el acto ordenado porque desconocía que tanto el mandato como el comportamiento eran ilícitos, o lo que es lo mismo, porque suponía que estaba amparado por una causa de justificación. De este modo, se alega, sobre todo, el haber actuado bajo la influencia de un error relativo al deber de obediencia y, de manera subsidiaria, coaccionado o en un estado de necesidad creado por las circunstancias en que se desarrolla la actividad militar.

⁵⁰² Cfr. *infra* N° 1758 ss.

6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo

En el art. 85, inc. 8, del CP de 1924, se declaraba exento de pena a quien realizaba un acto en cumplimiento de un deber de función o de profesión. Esta disposición ha sido modificada en dos sentidos: primero, en la nueva regulación se habla de “ejercicio legítimo” en lugar de “cumplimiento de un deber”. De esta manera, se amplía su alcance ya que ahora no se comprenden sólo los comportamientos obligatorios. Segundo, se han substituido los términos “función y profesión” por los de “cargo y oficio”. La consecuencia es, también, ampliar los efectos de la disposición, pues, por cargo debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario (*stricto sensu*) como a un empleado, y por “oficio” toda actividad económica además de las que requieren para su ejercicio una licencia⁵⁰³. 1566

Además, se precisa, por un lado, que el cargo y oficio sean reconocidos o aceptados por el orden jurídico y, por otro, que ambos sean ejercidos conforme a las normas legales positivas o consuetudinarias que los regulan. El aspecto esencial es, en consecuencia, esta doble conformidad con el derecho. El que ejerce un tal oficio o cargo realizará, por lo tanto, un acto legítimo aunque éste sea conforme a un tipo legal. 1567

Comprendida así esta justificante, hay que admitir que constituye un caso especial de la circunstancia general del “obrar conforme a la disposición de la ley”, pues, el acto correspondiente al ejercicio legítimo de un oficio o cargo debe ser autorizado o tolerado siempre legalmente. Sería entonces contradictorio y absurdo reprimirlo, puesto que implicaría admitir que un mismo acto pueda ser prohibido y permitido al mismo tiempo⁵⁰⁴. 1568

El hecho de mencionar de manera expresa estas circunstancias se justificaría si la fórmula “disposición de la ley” fuera interpretada en sentido restrictivo; es decir, entendiendo por ley sólo el derecho positivo. De modo que no serían comprendidos los actos cometidos en ejercicio de un oficio o cargo regulados sólo por el derecho consuetudinario. 1569

Pero, como en los demás casos hasta ahora estudiados, el obrar en ejercicio de un oficio o cargo no basta para justificar un acto típico. Tratándose además de una norma de remisión a todo el ordenamiento jurídico, es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites del derecho. 1570

⁵⁰³ Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 368.

⁵⁰⁴ VELÁSQUEZ, 2010, p. 484 ss.

a. Ejercicio legítimo de un cargo

- 1571 Se trata de los casos en los que un órgano del Estado, al cumplir sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raras estas situaciones; basta con señalar las diversas medidas coercitivas que las autoridades judiciales emplean en el marco de un proceso penal, los múltiples actos restrictivos de derechos que cometen quienes ejecutan las penas privativas de la libertad sobre los condenados y los medios coercitivos que practica la policía para luchar contra la delincuencia.
- 1572 Las condiciones en las cuales estos actos deben ser realizados están previstas en la ley. Respecto a los ejemplos dados, son el CPP, el CEP, la ley o los reglamentos relativos a la Policía Nacional. El estudio de estas normas es materia de las disciplinas que se ocupan de ellas. El análisis de cada una de las situaciones sobrepasa, en consecuencia, en mucho el marco de nuestros objetivos. Sin embargo, interesa directamente al derecho penal determinar los efectos del error en que se pueda incurrir al ejercer un cargo y las posibilidades que tiene la persona afectada de actuar en legítima defensa.
- 1573 El fundamento de la circunstancia justificante es el hecho que el funcionario debe ser competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, claro está, que haya sido nombrado conforme a la ley, asumido el cargo y que lo ejerza en el momento de realizar la acción típica. El usurpador de un cargo público no puede, pues, pretender justificar sus actos alegando el ejercicio del cargo para el cual no ha sido elegido o nombrado conforme al derecho⁵⁰⁵. Estas exigencias se encuentran en el art. 381 que reprime al “funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales” y al que “acepta el cargo sin contar con los requisitos legales”.
- 1574 El hecho debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo con los mandatos constitucionales. En cuanto a la forma, debe cumplir con todos los requisitos establecidos por la norma legal pertinente. Materialmente, debe respetar los criterios de proporcionalidad y de necesidad
- 1575 En el momento de actuar, el funcionario debe comprobar de forma debida si las condiciones materiales de su intervención existen o faltan, no siendo suficiente que haya obrado creyendo, simplemente de buena fe, que éstas

⁵⁰⁵ VELÁSQUEZ, 2010, p. 485 ss.

estaban presentes. El Estado, representado por sus órganos, no tiene el privilegio de poder equivocarse, puesto que ello significaría aceptar que los funcionarios quedarían exonerados de responsabilidad en el caso del ejercicio abusivo de sus cargos. Ahora bien, esto no sería conforme al Estado de derecho que debe esforzarse en garantizar los derechos fundamentales de las personas y en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente de acuerdo con la ley⁵⁰⁶.

El fundamento de la justificación es el siguiente: la preponderancia del interés⁵⁰⁷ que constituye el objetivo del ejercicio del cargo, frente al interés de la persona que ve restringido uno de sus derechos personales. En el ejemplo dado, la identificación y la detención del sospechoso con miras a la realización de la justicia constituye el interés preponderante que tiene el presunto autor en conservar su libertad. 1576

Pero si un funcionario abusa de sus poderes, su acto será por supuesto ilícito. Así lo reconocía, el deficiente DL N° 19644, del 5 de diciembre de 1972, al establecer, en su art. 1, que “el personal de las Fuerzas Policiales” está exento de responsabilidad penal cuando “en actos de servicio o con ocasión de él, haga uso de sus armas en forma reglamentaria”. Por lo tanto, es insuficiente que actúe estando de servicio: debe además respetar las disposiciones que regulan las circunstancias en las que se puede hacer uso del arma y la manera cómo debe hacerse. 1577

Lo mismo establece el art. 376 al reprimir al funcionario público que, “abusando de sus atribuciones, cometa [...], en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera”. Si este acto también es típico (lesiones), además de ser el resultado de una violación de las normas que regulan las “atribuciones” del funcionario, éste será responsable tanto del abuso de autoridad como de las lesiones que haya infringido a la víctima. 1578

b. Ejercicio legítimo de un oficio

La regla es el principio constitucional de la libertad de trabajar. Por esto, el ejercicio de un oficio no supone siempre una autorización especial o la regulación legal de dicha actividad, sobre todo en países como el Perú donde la crisis económica obliga a un gran número de personas a realizar diversas ocupaciones para poder subsistir. La iniciativa y creatividad individuales 1579

⁵⁰⁶ ROXIN, 2006a, § 17 N° 12.

⁵⁰⁷ VELÁSQUEZ, 2010, p. 485.

son los únicos medios con los que se cuenta para combatir la desocupación masiva. Regular estas innumerables actividades económicas constituiría un obstáculo para su desarrollo y daría lugar a la informalidad generalizada.

- 1580 Esta realidad impone que se reconozca, de manera amplia, el ejercicio de un oficio como circunstancia justificante a fin de no privilegiar sólo a quienes ejercen ocupaciones (profesiones) que requieran una autorización y una formación especiales. Esto no significa, sin embargo que se descuiden las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad públicos. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente.
- 1581 El comerciante ambulante (informal) debe actuar dentro de los límites establecidos por las normas que regulan la comercialización del producto - objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta, por ejemplo, a explotar el trabajo de menores ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones.
- 1582 En el caso de los profesionales propiamente dichos (p. ej., médicos, farmacéuticos, ingenieros, abogados, periodistas, etc.), el título profesional que los habilita para ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de curso para justificar cualquiera de los actos que cometan como tales. El periodista, alegando la libertad de la prensa (art. 2, inc. 4, Const.), no puede impunemente ultrajar el honor de las personas. Esto explica que dicho artículo (pf. 2) disponga al mismo tiempo que los delitos cometidos mediante la prensa se tipifiquen en el Código. No es diferente la situación del abogado que ejerce la defensa de una persona ante los órganos judiciales. Así, el art. 80, inc. 9, del CPP (art. 84, inc. 9 del NCPP) instituye el derecho de “expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas”.
- 1583 Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, en especial, respecto a las intervenciones quirúrgicas. Su deber de curar y de salvaguardar la vida de los pacientes no les da por supuesto plenos poderes sobre la existencia y la salud de éstos. Conforme al respeto de la dignidad humana, la persona concernida es la única capacitada para decidir lo que conviene a sus intereses. En consecuencia, no puede ser sometida a un tratamiento contra su voluntad, aun cuando éste sea considerado el único medio de conservar su vida o de mejorar su salud. De modo que la autorización que se les concede a los médicos para ejercer

la medicina implica el respeto de la *lex artis* y del conjunto de normas que regulan la profesión.

En resumen, cada vez que se presenten dudas sobre la tipicidad y el carácter ilícito de un acto cometido en el ejercicio de la medicina, como de toda otra profesión, debe indagarse sobre el marco jurídico en el que ha sido ejecutado y, en particular, sobre si el paciente dio o no su consentimiento. 1584

7. Autorización de la autoridad competente

Al estudiar la tipicidad, señalamos que la falta de permiso de la autoridad competente constituye, en diversos casos, un elemento del tipo legal objetivo. De ahí se sigue que si el acto ha sido autorizado en forma debida, no es típico. Por ejemplo, respecto a los tipos legales que prevén la represión de quien, “sin autorización, explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos prehispánicos” (art. 226) o de quien “elabora mercaderías gravadas cuya producción, sin autorización, esté prohibida” (art. 271, inc. 1). Es, pues, la inexistencia de una autorización de la autoridad competente lo que determina la tipicidad del acto. 1585

El efecto de justificación del permiso otorgado por la autoridad competente está por tanto limitado a los casos de prohibición sancionada con reserva de autorización. En el ámbito de las drogas ilícitas, el hecho de comercializarlas (art. 296) constituye siempre un acto típico. Pero se justifica si el agente cuenta con el permiso previo necesario. Al contrario, el farmacéutico que expende un medicamento que contiene estupefacientes realiza un comportamiento atípico si lo hace conforme a las normas que regulan su comercio y a la licencia que posee. Si lo hace violando estas normas, será responsable según el art. 300. 1586

Los problemas surgen cuando un acto es cometido al amparo de un permiso que ha sido obtenido coaccionando, corrompiendo o engañando a la autoridad competente para otorgarlo. La invalidez de esta autorización genera, de manera evidente, que el acto realizado sea típico e ilícito. 1587

A causa del hecho de que la autorización deba estar arreglada a la ley y ser otorgada en una forma particular, la complacencia temporal de la autoridad competente no puede neutralizar la prohibición legal existente. Ésta sólo puede ser derogada mediante una disposición expresa. Por eso, el que actúa creyendo, en razón de la actitud de la autoridad, que su acto es lícito, podrá alegar haber obrado bajo la influencia de un error de prohibición y, por lo tanto, considerarse no culpable. 1588

