

**LEGÍTIMA DEFENSA Y LOS ALCANCES
DE LA LEY N.º 32026, DE 15 DE MAYO
DEL 2024^{1y2}**

**SELF-DEFENSE AND THE SCOPE OF LAW
N.º 32026, OF MAY 15, 2024**

*Kevin André Silva Carrillo*³

RESUMEN

El autor analiza las consecuencias prácticas de las recientes modificaciones legislativas sobre la legítima defensa. Con un análisis en el nivel legislativo, nivel dogmático-jurídico y nivel jurisprudencial, se propone una solución interpretativa a uno de los problemas principales de esta redacción actual, que consiste en el caso del homicidio en legítima defensa.

¹ **Como citar este artículo científico.** CARRILLO, Kevin André Silva. Legítima defensa y los alcances de la ley n.º 32026, de 15 de mayo del 2024. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 139-169, set.-dez. 2024.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Revista Actualidad Penal” (n.º 121, p. 43-64, de julho de 2024), parceira peruana, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a la Revista Actualidad Penal (n.º 121, p. 43-64, julio de 2024), socio peruano, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Master en Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales. Profesor de la Universidad San Ignacio de Loyola. Of Counsel del Estudio Vignolo & Arrese Abogados. *E-mail*: kasilva@pucp.edu.pe

Palabras clave: razonabilidad de la defensa, legítima defensa incompleta, homicidio en legítima defensa.

ABSTRACT

In this paper the author analyzes the practical consequences of self-defense according to its recent legislative modifications. With an analysis at the legislative level, dogmatic-legal level and jurisprudential level, an interpretative solution is proposed to one of the main problems of this current wording, which consists in the case of homicide in self-defense.

Keywords: Criminal law – self-defense – foundation – homicide.

SUMARIO. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Las consecuencias prácticas de la actual redacción de la legítima defensa en el Código Penal. 2.1. El texto legal del art. 20.3 del Código Penal. 2.2. La pretensión formalmente excesiva de restringir la legítima defensa. 2.3. La crítica pretensión de seguridad jurídica en la regulación de la legítima defensa. 2.4. La inadecuada regulación de la legítima defensa como el primer mecanismo de solución del conflicto. 2.5. La reciente modificación legislativa y dos posibles modelos de interpretación. 3. Breve repaso del problema dogmático del homicidio en legítima defensa y propuesta de solución. 3.1. El problema específico. 3.2. Síntesis de jurisprudencia nacional sobre los casos específicos de homicidio en legítima defensa. 3.3. El primer modelo de fundamentación de la legítima defensa. 3.4. El segundo modelo de fundamentación de la legítima defensa. 3.5. El modelo unificado y la legítima defensa del Código Penal. 3.6. Resolución de la cuestión: la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa. 4. Reflexión final. Referencias.

1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Por *legítima defensa* se ha entendido a los casos excepcionalmente justificados por el derecho en los que una persona realiza una conducta prohibida destinada a defender sus intereses

contra una agresión –antijurídica– actual por parte de un tercero. El art. 2.23 de nuestra Constitución Política, en esta línea, reconoce de modo expreso el Derecho Fundamental que toda persona tiene a la legítima defensa⁴.

Este ejercicio de reconocimiento formal de la legítima defensa por parte de un Estado en un instrumento legal es una técnica constante ya desde las más antiguas y distintas sociedades a lo largo de la historia⁵ y, en el caso nuestro, se encuentra vigente en el art. 20.3 de nuestro Código Penal.

La práctica de la legítima defensa y también el crecimiento de las sociedades son factores esenciales para que cada legislador de una época determinada haya incorporado más o menos requisitos y condiciones al dictamen de la conformidad a Derecho de este instituto. Esta fórmula propia de una tradición de Derecho continental es la seguida por el legislador peruano.

En esta oportunidad, la comunidad jurídica se encuentra con las recientes modificaciones a la legítima defensa por la Ley N.º 32026, “Ley que modifica el Código Penal y el nuevo Código Procesal Penal sobre los alcances de la legítima defensa”, vigente desde el 16 de mayo del presente año.

El presente artículo tiene por finalidad, en primer lugar, realizar un breve análisis de las consecuencias prácticas de estos últimos cambios legislativos en el ámbito sustantivo de la legítima defensa (*vid. infra* 2). No se ofrece un espacio de análisis para lo correspondiente al plano adjetivo (procesal) de esta. En segundo lugar, se dedica también un breve espacio al tratamiento dogmático de los fundamentos de la legítima defensa y a proponer una solución

⁴ Sin embargo, Pawlik (2012, p. 239) entiende que el derecho a la defensa representa una facultad de segundo nivel. No es un derecho especial junto a otros muchos reconocidos a la persona, sino simplemente la forma en la que es confirmado el derecho concreto atacado en el caso en cuestión.

⁵ Por mencionar un antecedente, en el Primer Código Penal Sistemático de la Modernidad Temprana Europea, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 se encuentra en el art. 140 la legítima defensa contra agresiones con arma a la vida y a la integridad. Un estudio histórico de este instituto en la filosofía del idealismo alemán puede revisarse en Pawlik (2002, p. 265 y ss.); Roxin y Greco (2020, § 15 n.m. 4-5a.).

interpretativa al problema del homicidio en legítima defensa (*vid. infra* 3). Finalmente, se hace una reflexión sobre las ventajas y las desventajas de esta nueva regulación de la legítima defensa (*vid. infra* 4).

2 LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA ACTUAL REDACCIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CÓDIGO PENAL

2.1 EL TEXTO LEGAL DEL ART. 20.3 DEL CÓDIGO PENAL

¿Era necesaria una modificación legislativa para abarcar los casos de legítima defensa en inmueble o medio de transporte? Esta es la pregunta que la mayor parte de la comunidad jurídica se hace. Veamos si es así. Para empezar, por la actual redacción del instituto de la legítima defensa se puede diferenciar dos niveles. En el primero, el art. 20.3 del CP después de la citada Ley N.º 32026 señala como supuesto particular de exención de responsabilidad penal a:

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, con uso de la fuerza, *incluido el uso de la fuerza letal*, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) agresión actual, ilegítima y real. b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

El numeral 3 también aplica al supuesto de situación de peligro inminente y necesidad de proteger la vida o la integridad propia o de terceros, *en la que se repele razonablemente una agresión, irrupción, ingreso violento o subrepticio ilegítimo dentro del inmueble, vehículo u otro medio de transporte en el que se encuentre legítimamente; dentro de su negocio, empresa, asociación civil o lugar de trabajo o dentro de un inmueble sobre el cual ejerza la legítima propiedad o la legítima posesión con título él o sus*

*parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o tercer grado de afinidad*⁶. [La cursiva es nuestra].

El segundo nivel de la redacción de la legítima defensa se encuentra presente en el art. 21 del CP en el que se dispone como supuesto particular de “responsabilidad restringida” el siguiente:

Si la persona que repele la agresión ilegítima hubiera hecho uso de un arma de fuego inscrita legalmente a su nombre, esta será incautada dentro de las 48 horas que requiera la autoridad para las investigaciones preliminares bajo responsabilidad.

Previamente a entrar a discutir cada una de estas cuestiones, también es necesario precisar que la nueva redacción del art. 20.3 del CP es estructuralmente un intento manifiesto de importar la regulación del uso excepcional de la fuerza letal en *self-defense* (legítima defensa) del *U.S. Model Penal Code* (Código Penal Modelo de Estados Unidos de América). En este texto, puntualmente se sigue lo siguiente:

US MPC. Section 3.04. Use of force in self-protection. [...] 2. Limitations on Justifyin Necessity for Use of Force [...] (b) The use of deadly force is not justifiable under this section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily injury, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat [...]. [La cursiva es nuestra].

En esta sección del Código Penal Modelo de Estados Unidos se encuentra previsto el “uso de la fuerza para autodefenderse”, y, en este punto, se establecen las limitaciones al “uso de la fuerza”. Como señaló a finales del siglo XIX el clásico autor norteamericano Thompson (1880, p. 546) sobre la legítima defensa: “At it is founded in necessity, it is limited by necessity.”. Es decir, la legítima defensa,

⁶ Modificación legislativa según la Ley N.º 32026 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo del 2024.

al estar fundada en la necesidad, está limitada por la necesidad. El dispositivo legal norteamericano sigue ese espíritu y, en esta parte, condiciona el uso de la fuerza letal a la defensa contra un peligro de muerte, serios daños corporales, secuestro, relaciones sexuales forzadas o por amenaza.

Ahora bien, cerrado el paréntesis de la legislación comparada, corresponde ocuparnos del caso de la legítima defensa del art. 20.3 del CP. En primer lugar, esta técnica legislativa se caracteriza por tener una pretensión formalmente excesiva en cuanto a la restricción del ejercicio y la práctica de este instituto. En segundo lugar, esta técnica legislativa ha optado por hacer una mayor concesión al principio de seguridad jurídica y a una visión sistemático-formal del derecho de legítima defensa, pues esta técnica legislativa se aleja de una visión más axiológica de dicho instituto y del principio de protección de la vida y los bienes jurídicos personalísimos que funciona como su límite interno (*vid. infra* 3.5).

Finalmente, es posible caracterizar a la actual técnica legislativa como una técnica críticamente continuadora de los actuales modelos de Estados democráticos que recurren de manera preferente –y no como *ultima ratio*– a los institutos de Derecho Penal Sustantivo para solucionar todo tipo de fenómenos sociales (tipos de delincuencia, inseguridad ciudadana y otros vinculados a estos). Según ello, a mi modo de ver, ya no era necesaria una nueva modelación de un caso de legítima defensa en inmueble, pues con la anterior regulación ya era suficiente y abarcaba este supuesto. Lo que faltaba era otra cuestión esencial: establecer límites racionales a la legítima defensa, especialmente, en los casos de fuerza letal. A continuación, se desarrollan de manera breve cada una de estas cuestiones apuntadas.

2.2 LA PRETENSIÓN FORMALMENTE EXCESIVA DE RESTRINGIR LA LEGÍTIMA DEFENSA

En el actual nivel de desarrollo que ha alcanzado la sociedad podría haber dos, tres y hasta miles de formas en que una persona ejecuta una defensa frente a peligros actuales, inminentes y reales para repeler la agresión de un tercero. Pero solo a algunas de estas

formas específicamente excepcionales es que el Derecho Penal les concede la justificación.

La práctica intersubjetiva de la legítima defensa exige, por cuestiones de razonabilidad y cuestiones propias de un Estado Democrático de Derecho, el cumplimiento de unos límites. Los límites materiales y formales de la legítima defensa, que tienen su fundamento en intereses supraindividuales⁷, dotan a esta de una fuerza obligatoria, de incuestionable legitimidad y reconocimiento general a favor del desarrollo de la autonomía individual que constituye el núcleo de esta (en ese sentido, ROXIN; GRECO, 2020, § 15 n. m. 3g).

El problema de la pretensión del legislador en este punto es el exceso formal de su técnica a la hora de establecer esos límites. Esto significa que el intento del legislador de especificar exhaustiva y casuísticamente cómo deben ser los supuestos particulares de legítima defensa para que se pueda afirmar su justificación como lo hace en ley en comentario, trae como consecuencia práctica una restricción del derecho de la legítima defensa ciudadana más allá de lo esencialmente necesario.

Este tipo de restricción hace impracticable la legítima defensa por parte de los ciudadanos de las actuales sociedades, las cuales, en un lenguaje de teorías sociológicas, se caracterizan por ser complejas y pluriculturales. Esto último debido a que las sociedades complejas, como la nuestra, comprenden relaciones intersubjetivas y patrimoniales de niveles considerables de riesgos permitidos. Siendo así, los peligros y agresiones amenazantes no tienen una fuente determinada o conocida y son de una incalculable entidad.

De este modo, llevar la legítima defensa hasta esos niveles de especificación significa también negar su utilidad, la cual, desde un punto de vista axiológico-racional, reside en responder a una necesidad práctica de la realización de la autonomía de cada individuo en sociedad y, desde otro, en la salvaguarda de los intereses y valores que protege el ordenamiento jurídico (próximo a este punto, SEELMANN, 1978, p. 30).

⁷ Crítico en este punto y desde una fundamentación más individualista de la legítima defensa, Wilenmann (2014, p. 166).

Siendo de este modo una técnica legislativa con una pretensión formalmente excesiva de restringir los alcances de la legítima defensa, desde este análisis, solo traslada el problema a los aplicadores del derecho: los jueces. Sin embargo, las dificultades que existen normalmente para encontrar a nivel judicial los indicios probatorios de estas exigencias de la legítima defensa no son compatibles con un sistema jurisdiccional que se caracteriza por no contar con recursos suficientes –o no utilizarlos adecuadamente– para la administración de justicia. Y este, precisamente, es el problema del que adolece nuestro sistema de justicia.

En resumen, la actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP también conduce en la práctica a una forma de privación de este derecho a los ciudadanos. Si se toma literalmente su tenor legal, surgirían desafortunadamente contextos de indefensión frente a peligros más violentos por parte de los delincuentes. Asimismo, en un modelo de legítima defensa como el presentado se traslada el problema al ámbito probatorio, a cargo de una estructura estatal tan importante, pero tan críticamente administrada como es la administración de justicia.

2.3 LA CRÍTICA PRETENSIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Binding (1991) entiende que en los supuestos de legítima defensa el Estado y sus órganos no están presentes para repeler las agresiones ilegítimas (p. 734). En ese sentido, el Estado autoriza formalmente a los ciudadanos el ejercicio de la coacción en un ámbito breve y excepcional, donde estos pueden utilizar y actuar con violencia frente a otros. En términos de filosofía política, en un contrato social los ciudadanos no renuncian al derecho de defenderse a sí mismos⁸. Esta afirmación tiene la suficiente gravedad para explicar a continuación este problema.

⁸ En tal sentido, Hobbes (1940, p. 127) señala: “*Capítulo XIV. De la primera y la segunda ley natural y de los contratos*: [...] El anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho, y, por consiguiente, la promesa de no resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno, ni es obligatoria en ningún pacto.”.

En primer lugar, la idea fundamental es que el Estado a través del Derecho siga manteniendo durante este espacio excepcional el control de la violencia (fuerza o fuerza letal, como lo expone el art. 20.3 del CP)⁹, pues en un modelo político actual el *ius puniendi* solo le corresponde al Estado legítimamente constituido. Y, en tal sentido, una forma comúnmente aceptada de mantener en manos del Estado este control de la violencia es vinculando la obligatoriedad de esas limitaciones de la legítima defensa al principio formal de seguridad jurídica.

El problema se encuentra principalmente en el énfasis que el legislador concede al principio formal de seguridad jurídica en la actual redacción de la legítima defensa. La seguridad jurídica, la legalidad y la certeza de la legalidad son para las concepciones dominantes garantías formales fundamentales y limitadoras de un actual Estado Democrático de Derecho (MIR PUIG, 2007, p. 724). Pero así como tienen este potencial limitador, estas garantías formales están también internamente vinculadas especialmente al reforzamiento de la certeza de los ciudadanos¹⁰, esto es, en el caso particular, a reforzar la dimensión subjetiva de quienes actúan en legítima defensa.

Esto se observa claramente en el segundo párrafo del lit. “c” del art. 20.3 del CP. En este se extiende el alcance de la legítima defensa a un círculo concreto de delitos graves contra el patrimonio. Por ejemplo, en los casos de defensa –incluso defensa letal– frente a un delito de violación de domicilio o un delito de usurpación –arts. 159 y 202 del CP, respectivamente– cuando se pone en peligro la propia vida o la de terceros.

⁹ En este modelo de fundamentación, Von Feuerbach (2007, § 36) indica: “Los ciudadanos habrían transferido ciertamente su derecho a hacer uso privado de la violencia al Estado y esta misma solo alcanzará en la medida que el Estado los pueda proteger con sus propios medios”.

¹⁰ En la sentencia recaída en el Exp. N.º 0016-2002-AI/TC (30 de abril del 2003), el Tribunal Constitucional refiere que, aunque no esté positivizado, “la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución”. (f. j. n.º 4)

El problema de esta falta de conexión externa –es decir, del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico– en estos casos de homicidio es que la forma “explícita” de defenderse frente al intruso tiene el efecto de que la seguridad jurídica, en lugar de fortalecerse, más bien se debilita. En el uso de la violencia privada en defensa, con el uso de armas blancas o armas de fuego con controles defectuosos y sin límites, por ejemplo, se observa este debilitamiento.

Menos complicado para la seguridad jurídica podría haber sido asegurar al ciudadano que, en un contexto de legítima defensa, el medio utilizado razonable para salir del peligro inminente contra la vida era, por ejemplo, “el único y último medio disponible sea letal o no” en cada situación particular.

En tal sentido, el problema anterior no se soluciona, como propone el art. 21 del CP, con “*el internamiento del arma de fuego con o sin licencia*” (el delito de tenencia ilegal de armas del art. 279 del CP) que es utilizada para actuar defensivamente. Ello es así debido a que en esta parte de la reciente modificación se convierte, en la práctica, a los casos comunes de delincuencia patrimonial tarea del Estado en casos específicos de legítima defensa y no coloca para estos criterios materiales de razonabilidad. Desafortunadamente, esta es una forma inadecuada de abordar un problema de delincuencia que compete principalmente al Estado.

Por otra parte, esta técnica legislativa pone de manifiesto una forma arcaica y actualmente disfuncional de reforzar los valores de seguridad jurídica. Esta técnica, si bien tiene ese objetivo, omite reconstruir una distinción previa entre la clase de norma que quiere asegurar. Una cosa es una norma de prohibición, por ejemplo, la derivada del delito de homicidio del art. 106 del CP; otra cosa una norma permisiva, la derivada de la legítima defensa del art. 20.3 del CP.

Esta falta de distinción trae consigo más errores en la dimensión subjetiva del sujeto que actúa en legítima defensa¹¹. Si

¹¹ En cuanto al error en la dimensión subjetiva de la legítima defensa, Jakobs (1991, § 12 n.m. 19) igualmente entiende como una cuestión problemática quién de los intervinientes es el que soporta el riesgo del error sobre la naturaleza culpable del ataque.

de dar seguridad jurídica a los ciudadanos se trata, este objetivo no se consigue. Lo que este cambio legislativo produce es todo lo contrario. El hecho de condicionar con un presupuesto contingente (es decir, que puede estar o no puede estar) –“la legitimidad de la posesión o titularidad de los bienes inmuebles”– la validez jurídica de una conducta en legítima defensa de quien defiende su patrimonio demuestra una solución estéril desde el punto de vista jurídico-práctico.

La cuestión problemática derivada de allí es ¿quién tiene o tendrá el dictamen de la legitimidad del bien inmueble del sujeto que actúa en legítima defensa? La respuesta podría ser los jueces que aplican el Derecho. Pero lo más importante se encuentra en reconocer que en la *praxis* la creencia la tiene el sujeto víctima que se defiende de agresiones ilegítimas. En ese sentido, con esta forma de plantearlo se deja fuera de protección a muchos casos. Por ejemplo, a quien ejecuta una defensa de su patrimonio que tiene la condición de litigio judicial por causas hereditarias o en plena conformación de su derecho legítimo sobre su inmueble.

Siendo este el orden de ideas, los criterios de razonabilidad de tipo material no pueden consistir en aspectos de la realidad que son contingentes (por ejemplo, el título de posesión o propiedad que tenga el sujeto que ejecuta la defensa). Por el contrario, estos criterios deben formalizar aspectos estables y seguros de naturaleza jurídico-material. Este camino podría comenzar a construirse reforzando la idea de la excepcionalidad de la defensa, la actualidad y la gravedad del peligro del sujeto agredido, así también desde la jurisprudencia objetivando en criterios de razonabilidad el peligro inminente que justifiquen la legítima defensa.

En definitiva, las consecuencias prácticas que trae consigo una interpretación del principio de seguridad jurídica como la realizada por el legislador en la redacción actual de la legítima defensa tienen un mayor saldo defectuoso¹². Esto sucede, entre otras

¹² El entendimiento de la seguridad jurídica que hace el legislador deriva de un mal entendido positivismo jurídico, un positivismo jurídico formal sin limitaciones y sin referencia a contenidos jurídicos y sin una regulación de acuerdo a la realidad de las cosas: inseguridad ciudadana. Welzel (2014) entiende que la violación de

razones, debido a que el legislador instrumentaliza políticamente y sin criterios de razonabilidad un derecho ciudadano, como es el caso de la legítima defensa, para reducir las cifras de criminalidad patrimonial y la inseguridad ciudadana.

A mi modo de entender la legítima defensa, la fórmula más coherente con un texto constitucional que protege la vida y la legítima defensa como el nuestro consiste en racionalizar el fin del principio de seguridad jurídica, con el desarrollo jurisprudencial de otras garantías axiológico-materiales a la hora de aplicar vía casos judiciales la legítima defensa. Por mencionar algunas: el principio de protección de la vida, el principio de protección de los bienes jurídicos personalísimos.

2.4 LA INADECUADA REGULACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO EL PRIMER MECANISMO DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Uno de los principios fundamentales y limitadores del *ius puniendi* del Estado es el principio de *ultima ratio*. Brevemente: según este principio, la pena y las medidas de seguridad deben ser el último recurso entre aquellos con los que cuenta el Estado para hacer frente a un conflicto, pues no son los únicos medios de protección de la sociedad. En consecuencia, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves (en este sentido, MIR PUIG, 2003, p. 109).

Las modificaciones realizadas según la redacción actual de legítima defensa del art. 20.3 del CP son, en realidad, modificaciones realizadas a una de las causas de justificación penal. Sin perjuicio del tipo de norma que se modifica, esto último demuestra que esta técnica legislativa está recurriendo al Derecho Penal como *prima ratio* en lugar de agotar otros mecanismos iguales o más eficientes y menos lesivos.

estas estructuras –entiéndase aquellos contenidos jurídicos– no significa que la regulación no sea válida, sino que no logrará su fin, es decir, que se ha dictado una regulación con lagunas, contradictoria y no objetiva (p. 195).

2.5 LA RECIENTE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA Y DOS POSIBLES MODELOS DE INTERPRETACIÓN

Las líneas siguientes son dedicadas a intentar justificar este recurso adoptado por el legislador de acuerdo con los intereses sociales que se necesitan proteger y a los principios axiológico-materiales que fundan nuestro Estado Democrático de Derecho. Así, puede pensarse en muchos escenarios, pero lo mejor es diferenciar dos grupos de estos.

2.5.1 EL PRIMER ESCENARIO

Desde una interpretación, es posible entender que el legislador peruano ha dispuesto, como una forma de dar solución a los conflictos sociales de inseguridad ciudadana, a la delincuencia patrimonial más grave y a otros fenómenos sociales, otorgar mayor seguridad jurídica a las acciones defensivas de los ciudadanos. En esa idea, nadie sentirá la falta de seguridad de no poder utilizar su arma, sea blanca o de fuego, para defender su vida y los peligros en su morada.

El primer inconveniente de esta solución es que si bien refuerza la posición jurídica del agredido en la defensa de sus intereses o de sus próximos (según el literal “c” del art. 20.3 del CP), esta extensión de sus facultades defensivas, sin embargo, tiene lugar sin controles racionales suficientes. Y, esto además se explica porque no se considera en esta modificación nada acerca de la posición del agresor. En ese sentido, esta deficiencia es la que abre la posibilidad para que los potenciales delincuentes (es decir, contra quienes se realiza una defensa) busquen fuera del Derecho y de su protección jurídica, sus propias soluciones, inevitablemente más violentas.

En este punto, el texto legal también se refiere a la legitimidad de la posición jurídica del sujeto –quien actúa en legítima defensa– respecto de sus bienes inmuebles. Esto precisamente es lo que genera además otro grupo de conflictos todavía más graves. El principal de estos es que se desprotege la posición jurídica del agresor, es decir, su personalidad. Siendo su límite hasta lo estrictamente necesario para la defensa de los bienes del agredido.

En esta construcción teórica, lo que puede considerarse como un actuar racional es que el agresor, al actuar de manera antijurídica, solo pierda su posición jurídica de persona con derechos hasta lo necesario. Fuera de este ámbito de lo necesario, la conducta del que actúa en legítima defensa ya no tiene valor jurídico justificante. Probablemente esta conducta tome la forma de un caso de exceso de legítima defensa¹³. Es evidente que esto no dejará las cosas en un estado pasivo para el delincuente agresor. Pues, de todos modos, el costo de este defecto legislativo obligará al agresor –al potencial delincuente– a buscar y utilizar sus propios métodos más graves de violencia para planificar un acto delictivo en la morada de alguien.

Para sumar otro argumento a lo anterior, este problema de comprensión de la legítima defensa refleja también un modo incorrecto de interpretar a los intervinientes de esta. La idea guía de la fundamentación de la legítima defensa sigue la máxima *deficiente magistratu populus est magistratus*, que es una autorización excepcional y también racional que da validez jurídica a la defensa del agredido cuando el Estado no llegue, no pueda protegerlo (*vid. supra* 2.3) o no esté presente contra la violencia del agresor.

En tal sentido, si los tribunales judiciales siguen en su aplicación la literalidad de esta modificación legislativa de la legítima defensa según el 20.3 del CP, probablemente terminen por desproteger más a los ciudadanos frente a la delincuencia. A mi modo de ver, la jurisprudencia y los operadores jurídicos tienen la tarea de reconstruir un modelo de interpretación axiológicamente coherente con un Derecho Penal de *ultima ratio*.

En conclusión, este modelo debe llevar a preferir otros mecanismos fuera del Derecho Penal. Estos mecanismos políticos menos lesivos pueden corresponderse con una adecuada gestión de la seguridad ciudadana, el fortalecimiento de la labor policial y el reforzamiento de las instituciones públicas y sociales de persecución del delito. De ese modo, el Derecho Penal de *ultima ratio* se entenderá como una forma de reconstruir la excepcionalidad del uso

¹³ En sentido similar, Jakobs (1991, § 12 n.m. 18), con respecto a la posición del agresor, señala que no es posible justificar axiológicamente la decisión de imponerle un deber de soportar más grave que al propietario de cosas peligrosas.

de la legítima defensa, los límites de la razonabilidad y el ámbito de lo necesario en la defensa contra el agresor.

2.5.2 EL SEGUNDO ESCENARIO

También es posible entender que el legislador peruano ha incorporado ciertas exigencias formales a la legítima defensa del art. 20.3 del CP con una finalidad distinta. Esta es la de intimidar al delincuente potencial y así reducir la violencia privada, dejando los problemas de inseguridad ciudadana en manos de quien verdaderamente corresponde: el apartado estatal.

En este enfoque, se trata de un Derecho Penal más orientado a la antigua usanza. Un modelo teórico de la pena con una función de intimidación y disuasión del delincuente¹⁴. Si ese es el caso, este es un planteamiento peligrosamente optimista respecto de lo que espera que cambie del complejo mundo que encierra la inseguridad ciudadana y los delitos cometidos en inmuebles ajenos. Si bien lo anterior, en este existen también consecuencias prácticas que se subrayan a continuación.

Una primera consecuencia práctica de esta forma de entender la legítima defensa del art. 20.3 del CP es que, al ser solo un instrumento intimidatorio y no una forma práctica excepcional de neutralizar el peligro entre los ciudadanos, el derecho de defensa ciudadana no se consolidará como corresponde en un Estado Democrático de Derecho.

Más bien, esta falta de ejercicio del derecho de defensa ciudadana originará que este se encuentre particularmente vulnerable frente a la actitud potencial del delincuente promedio. De ese modo, nos distanciamos mucho de una de las muy citadas –por la doctrina alemana– sentencias en materia de legítima defensa del Tribunal Supremo del Imperio Alemán a finales del siglo XIX (24 de noviembre de 1890): “Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen”¹⁵, es

¹⁴ En el sentido tradicionalmente entendido de la coacción psicológica (VON FEUERBACH, 2007, § 15, p. 52 y ss.).

¹⁵ RG 21, 168-171. En la p. 170 del tomo 21 el citado Tribunal señala: “El derecho de legítima defensa se aplica en todas partes donde se dan las condiciones previas del § 53 StGB, *el derecho no tiene por qué retroceder ante la injusticia*

decir, *el derecho no tiene por qué ceder frente a lo injusto.*

En segundo orden, si bien es verdad que el Estado debe ser el principal garante de la libertad ciudadana¹⁶, también lo es el hecho de que las posibilidades de llevar a cabo esta función serán menores cuando este no cuente con los recursos suficientes para este cometido. Este es un pequeño cálculo de eficiencia que parece no haber tenido lugar en esta decisión político-criminal de modificar la legítima defensa del art. 20.3 del CP.

Así, por citar solo un aspecto crítico. Con la actual redacción de la legítima defensa, los delincuentes son más conscientes de que el ciudadano promedio está desprotegido, y no está preparado en muchos aspectos para defender sus intereses. Con mucha mayor razón, si el ciudadano promedio es alguien que no ha sido preparado para defenderse usando incluso la fuerza letal como lo dispone el art. 20.3.c del CP.

De este modo, contrariamente a lo esperado por el legislador, la legítima defensa tal y como está redactada en el art. 20.3 del CP no servirá de mucho en la práctica para reducir la criminalidad, intimidando y convenciendo al delincuente. Por el contrario, esta servirá para aumentar las situaciones de indefensión ciudadana allí donde sea necesario y excepcional utilizar el recurso de esta y los ciudadanos no hayan recibido por parte del Estado una mínima formación previa. La interpretación de la legítima defensa como un mecanismo intimidatorio configura una pieza de un diseño político peligroso para la ciudadanía y también un tipo de solución incompatible con el fenómeno complejo de la inseguridad ciudadana.

En conclusión, el derecho a la legítima defensa en su redacción actual debe de insertarse de una forma específica en un contexto social como el nuestro. No corresponde, por tanto, asignarle a la legítima defensa una función intimidatoria contra el delincuente potencial, puesto que el saldo práctico que resulta tiene

en ninguna parte, la legítima defensa es permisible contra cualquiera y en todas partes, siempre que se den las condiciones previas legales, es decir, siempre que haya un ataque ilegal presente para cuya prevención sea necesaria la defensa” (la cursiva es nuestra).

¹⁶ Con un similar modelo de fundamentación al de Pawlik (2012, p. 90 y ss.).

más problemas que soluciones. Para ello, se necesita de un modelo de interpretación sistemático racional que tenga una vinculación hacia cuestiones axiológico-materiales. Veamos, en las líneas siguientes, un breve repaso por los fundamentos dogmático-jurídicos de la legítima defensa.

3 BREVE REPASO DEL PROBLEMA DOGMÁTICO DEL HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

La actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP también propone un problema categórico y ya antiguamente desarrollado en la filosofía y en la dogmática jurídico-penal. Este es el problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa¹⁷. Para estar en condiciones de dar una pequeña mirada, es necesario partir de una distinción teórico-práctica: el *sujeto agresor* es quien previamente agrede antijurídicamente al otro y *sujeto agredido* es quien se defiende en legítima defensa.

3.1 EL PROBLEMA ESPECÍFICO

La pregunta es sencilla: ¿por qué la muerte de un agresor, en legítima defensa, se encuentra permitida o no en el Derecho y esto al margen de cualquier examen de proporcionalidad?¹⁸ En particular, para resolver esta breve cuestión es necesario hacer a continuación ciertas precisiones.

La primera idea fundamental de la legítima defensa que se recupera de lo anteriormente desarrollado es que “el derecho no tiene por qué retroceder frente al injusto” (vid. *supra* 2.4.2). Por lo tanto, la afirmación del derecho es una premisa básica del entendimiento

¹⁷ En la discusión filosófico-jurídica pueden citarse ciertos trabajos: Pawlik (2002, p. 259-299); Pawlik (2012, p. 226 y ss.); Thompson (1880); Kindhäuser (2015, p. 68 y ss.); Renzikowski (1994, p. 89 y ss.); Mañalich Raffo (2015, p. 189 y ss.).

¹⁸ Un sector de la doctrina especializada aborda el problema del homicidio en legítima defensa, desde los fundamentos sistemáticos del “Tötung auf Verlangen” (homicidio a petición) del § 216 StGB y también desde el consentimiento, Pawlik (2012, p. 226).

de la legítima defensa y, en este sentido, demuestra una necesidad práctica de su ejercicio racional por parte de los ciudadanos.

En este punto, asimismo, es conveniente extraer recientes pronunciamientos jurisprudenciales del citado problema y luego ya presentar un resumen de la discusión dogmática de la legítima defensa en dos modelos tradicionales de comprensión.

3.2 SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LOS CASOS ESPECÍFICOS DE HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA

En general, la jurisprudencia tiene una función orientadora y desarrolladora del derecho como un sistema completo, coherente y preciso (similarmente, NINO, 1980, p. 69). De acuerdo con esta función asignada que se asume en este trabajo, conviene citar algunos de los pronunciamientos por la Corte Suprema del Perú sobre casos de homicidio en legítima defensa para poder extraer de allí un pequeño análisis de sus reglas de aplicación práctica y saber de qué manera se está entendiendo algunos de estos casos.

3.2.1 ES UN CASO DE LEGÍTIMA DEFENSA IMPERFECTA

En el R. N. N.º 2267-2018 Lima Este (15 de abril del 2019), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (ponente: Castañeda Otsu) resolvió que la muerte de uno de los agresores a manos de la víctima cuando se daba a la fuga en el contexto de un robo agravado es un caso de legítima defensa imperfecta (art. 21 del CP):

Se tiene pues que, si bien el estado anímico de Palacios de la O se hallaba perturbado por lo sucedido, quería recuperar sus pertenencias y además había libado licor, sin embargo, la defensa no fue adecuada para repeler la agresión y defender su integridad. Por el contrario, fue excesiva e innecesaria, ya que un atacante se había dado a la fuga y el otro se cayó al suelo. (f. j. n.º 12).

Como se ha podido evidenciar, de los requisitos legales de la legítima defensa del art. 20.3 del CP la Sala Suprema no ha validado el de la “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima sobre los agresores en abandono del lugar deja de ser racionalmente necesaria, pues el momento excepcional para defenderse de las lesiones graves ya había terminado.

La regla de aplicación que nos deja este caso, por lo tanto, consiste en que, en delitos patrimoniales violentos, pasado el momento excepcional, la reivindicación –la recuperación de la cosa– no puede realizarse con violencia letal como legítima defensa. Su uso termina siendo un exceso de esta, por lo que es aplicable la eximente incompleta del art. 21 del CP.

3.2.2 ES UN CASO DE LEGÍTIMA DEFENSA COMPLETA

En un sentido diferente al anterior (*vid. supra* 3.2.1), en el R. N. N.º 3078-2013 Lima (22 de enero del 2015), la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado) resolvió que el accionar de la mujer que ejerció la defensa y terminó dando muerte a su agresor en el contexto de grave violencia doméstica es un caso de legítima defensa completa (art. 20.3 del CP):

Se excluye para la valoración de este requisito, el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la lesión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa. Así se tiene que al estar la procesada con el agraviado en el momento cumbre de la agresión en el ambiente de la cocina, amenazaba con un arma punzante, la procesada no tuvo otro medio que coger un cuchillo para defenderse ante el inminente peligro que ya corría su vida –habiendo quedado establecido en el acta de hallazgo y recojo obrante a folios veintiocho y acta de reconocimiento de arma blanca-cuchillo obrante a folios treinta la presencia en el lugar de los hechos de dos cuchillos, uno utilizado por el occiso y el otro por la procesada–. (f. j. n.º 3.B).

En este caso la valoración que hace la Sala Suprema de la “necesidad racional del medio empleado” como requisito del art. 20.3 del CP es diferente. La Sala Suprema ha validado que la defensa de la mujer víctima contra la agresión inminente de su agresor se hizo respetando el criterio de “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima contra el agresor es racionalmente necesaria, pues esta fue ejercida en el mismo momento excepcional en que su vida corría peligro.

En definitiva, la regla práctica de aplicación que esta sentencia nos deja es que la defensa letal de la víctima respecto de su agresor en un caso de violencia doméstica, puede ser un caso auténtico de legítima defensa del art. 20.3 del CP, siempre y cuando esta conducta –único medio para salvarse– haya sido realizada por la mujer en el momento excepcional para repeler un peligro inminente contra su vida. A continuación, veamos si estos pronunciamientos pueden encontrar al final niveles de razonabilidad en los fundamentos dogmático-jurídicos de la legítima defensa.

3.3 EL PRIMER MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

El primer modelo de comprensión entiende que el fundamento de la legítima defensa es individualista. Este es el modelo más antiguo que se encuentra ya recogido de una manera particular en un *dictum* del jurista Gayo en el título II, *Ad Legem Aquiliam* (a la Ley Aquilia), del libro IX, del *Digesto* de Justiniano: “Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere”¹⁹ (es decir, *la razón natural permite defenderse en contra del peligro*).

Inicialmente se fundamenta solo en la protección de la vida y otros bienes personalísimos. En este modelo la clave es entender que la legítima defensa consiste en la autoafirmación que se le

¹⁹ La cita completa de Gayo en la *cuestión segunda* en latín: “Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere” (“Por tanto si matase a tu siervo, que era ladrón, y me acechaba, estaré seguro; porque la razón natural permite defenderse del peligro”).

atribuye a cualquier individuo a defenderse del ataque antijurídico de otro (similarmente, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 3; ROXIN; GRECO, 2020, § 15 n.m. 3a ss.). La legítima defensa, desde esta perspectiva, sirve a la protección de los intereses afectados (PAWLIK, 2012, p. 263 y ss.), entonces, como *autoafirmación del sujeto*.

3.4 EL SEGUNDO MODELO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

El segundo modelo de comprensión es el que entiende que el fundamento de la legítima defensa es supraindividual (en este sentido, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 2 ff). En este sentido, la autodefensa del agredido se muestra simultáneamente como la salvaguarda del orden pacífico general cuando no está presente la ayuda oficial, entiéndase el Estado y los funcionarios públicos. Renzikowski (1994, p. 275) entiende que el fundamento de la autodefensa es el restablecimiento de la relación de coordinación –de equilibrio del cumplimiento de la norma– entre la víctima del ataque y el agresor. En definitiva, según este modelo, la legítima defensa tendría la función de salvaguardar el ordenamiento jurídico como tal, entonces, como *afirmación del ordenamiento jurídico y del derecho* (en el mismo sentido, JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 3).

3.5 EL MODELO UNIFICADO Y LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL CÓDIGO PENAL

En la actualidad, las posturas dominantes entienden que la legítima defensa combina los fundamentos del primer y segundo modelo (PAWLIK, 2012, p. 239; JESCHECK; WEIGEND, 1996, § 32 n.m. 1 ss.). En este punto, se puede sostener esta unificación desde las dos finalidades tradicionalmente asignadas al Derecho Penal. Por una parte, desde una función preventiva general positiva del Derecho Penal, la legítima defensa realiza la confirmación de la norma previamente infringida por el agresor.

Esto significa que, en un entendimiento de Derecho Penal orientado a la confirmación del orden jurídico, de la norma que ha sido defraudada (en sentido similar, JAKOBS, 1991, § 1 n.m. 27 ss.), tiene mucho más sentido que se reconozca validez jurídica a la acción del agredido, puesto que se trata de la autoafirmación individual de sus bienes jurídicos en peligro, pues estos bienes jurídicos se encuentran también protegidos por las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, desde una función retributiva comunicativa del Derecho Penal²⁰ se logra fundamentar con mejores argumentos de tipo material todo este planteamiento. Así, si se sostiene que la autoafirmación individual reconocida en la acción defensiva del agredido significa la forma legítima de redistribuir la afectación de los derechos que lesiona el agresor en su propia esfera de libertad –de este último–, entonces los efectos preventivos derivados de esta acción defensiva del agredido inevitablemente confirman también aquellos valores sociales que las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico reconoce a todos los ciudadanos.

Por lo expuesto, entiendo que, si este modelo unificado necesita reconstruirse sobre la base de premisas axiológico-materiales, tendrá que decantarse por jerarquizar esta relación de medio-fin. En mi opinión, se debe colocar al sujeto individual y su autoafirmación en la legítima defensa como primer fin del Derecho. Y, luego, como medio –efectos necesarios– se debe ubicar a la confirmación del Derecho y de las normas del ordenamiento jurídico.

Una vez ello, el resultado ya será una forma de entender a la legítima defensa como derecho que configura una confirmación del derecho, con el fin principal de fundamentar la autoafirmación de la esfera de libertad del agredido. Ciertamente, esta postura es un derivado de un Derecho Penal al que le es asignada una función retributiva comunicativa.

²⁰ Desde el punto de vista de las ventajosas consecuencias práctico-materiales que trae consigo el modelo de la pena con finalidad retributiva comunicativa, razonablemente mejor defendido, véase Pawlik (2012, p. 116 y ss.).

Independientemente de la postura adoptada, un modelo en general unificado de la legítima defensa es el que, a mi modo de ver, es posible derivar del Derecho Positivo Nacional. Así, de la lectura conjunta de la redacción actual del art. 20.3 del CP (legítima defensa) y del art. IX título preliminar del CP, que establece los fines de la pena (“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”), se puede demostrar ello. Un sector de la doctrina nacional, con premisas de partida diferentes, interpreta una función de restabilización de la pena, fundamentada con un concepto de persona como su punto de partida (GARCÍA CAVERO, 2019, p. 95 y ss.).

Pues bien, el tenor legal del 20.3 del CP establece que el titular puede actuar en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros frente a una agresión ilegítima, en una situación en la que este no haya provocado de forma suficiente al agresor y cuando exista una necesidad racional para defenderse.

En primer lugar, cuando el legislador recoge la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros en peligro (con la necesidad racional del medio empleado), ya se está refiriendo a la idea de legítima defensa como autoafirmación individual del sujeto. Si esto último se reorienta luego a la finalidad en primer lugar preventiva de la pena (art. IX del título preliminar del CP), esta autoafirmación tendrá en ese sentido finalidades sociales. Así tenemos en esta primera parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

Por otra parte, el legislador mantiene también un claro interés en desvalorar y no renunciar al castigo de las agresiones ilegítimas (no provocadas) entre los ciudadanos. Es decir, tiene un interés en devolver la vigencia y confianza en las normas del ordenamiento jurídico que han sido infringidas por el sujeto agresor. Con lo cual ya se pone de manifiesto que también se deriva de la comprensión de la legítima defensa como afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

De igual modo, si esto último se reorienta hacia una función preventiva de la pena, como aparece en primer orden en el art. IX del título preliminar del CP, doblemente se confirmará la necesidad

preventiva y la búsqueda de fines sociales del ejercicio del derecho a la defensa por parte del sujeto agredido. Entonces, tenemos también en esta segunda parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

En definitiva, la formalización del derecho de defensa del art. 20.3 del CP sigue un modelo unificado en el que confluyen los dos modelos tradicionales de fundamentación del instituto de la legítima defensa: el modelo de la autoafirmación individual y el modelo de la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico²¹. Ahora bien, lo restante es determinar si un modelo como este tendría los fundamentos para justificar materialmente los casos de homicidio en legítima defensa. En las siguientes líneas se resolverá el problema final del homicidio en legítima defensa.

3.6 RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN: LA EXCEPCIONALIDAD DEL HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA

El problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa puede resolverse desde el Derecho Positivo y desde una fundamentación dogmática jurídica que interprete adecuadamente este. En esta parte, tenemos, por un lado, que el texto legislativo del 20.3 del CP ya ofrece una solución, y de acuerdo con el principio de legalidad (art. II del título preliminar del CP) el problema terminaría allí. Pero, bien vista, esta solución sería una justificación solo formal de este caso específico.

Desde el lado de la razonabilidad de la defensa, esta debe ser ejecutada por un sujeto autorresponsable e imputable. Según ello, Jakobs (1991, § 12 n.m. 20) entiende que esta no debe de ser entendida en términos causales como una *poena naturalis*, es decir, como pena natural contra el propio agresor. En lo que sigue, con

²¹ Cfr. García Caveró (2019, p. 615 y ss.), quien parece situarse en el modelo de fundamentación individual: “La justificación que se le atribuye a la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad frente al contexto específico de la agresión ilegítima de otro”.

un planteamiento también alejado de lo esencialmente causal, se desarrollan brevemente cuatro pasos para realizar una justificación de tipo material de la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa, compatible también con el art. 20.3 del CP.

El primer paso, por lo tanto, es recuperar la idea anterior del apartado (*vid. supra* 3.4). De acuerdo con esto, se ha asumido un modelo dogmático-jurídico unificado derivado del art. 20.3 del CP. La legítima defensa, en tal sentido, en la parte correspondiente a la “acción defensiva de bienes jurídicos propios o de terceros (racionalidad del medio empleado)”, tiene una fundamentación en la idea autoafirmación individual del sujeto que la ejecuta. Y, en la parte correspondiente a la “agresión ilegítima, antijurídica (no provocadas)”, el fundamento legitimador de la legítima defensa consiste en un componente supraindividual, es decir, en la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

El segundo paso es reconocer a qué parte de estas anteriores de la legítima defensa del art. 20.3 del CP y de sus fundamentos, respectivamente, corresponde la conducta de un agredido que ejecuta un homicidio en legítima defensa. Y, como se ve, el caso del homicidio en legítima defensa es una forma o un tipo de “acción defensiva” que el agredido lleva a cabo. No es, por tanto, un caso o tipo de “agresión ilegítima” contra la que hay que responder con una acción defensiva.

El tercer paso consiste en unir este caso o forma especial de acción defensiva (el “homicidio en legítima defensa”) a la fundamentación de la “acción defensiva” del agredido de acuerdo con el modelo unificado de la legítima defensa del art. 20.3 del CP. En este punto, el fundamento de la acción defensiva, más exacto, el fundamento del homicidio contra el agresor, sería la autoafirmación individual de los bienes jurídicos del sujeto agredido (*vid. supra* 3.2).

En tal sentido, sería poco sostenible entender que todas las formas de homicidio en legítima defensa deban de ser una regla para defenderse, dentro de una comprensión de autoafirmación de los derechos y bienes afectados del agredido.

Finalmente, el cuarto y también el paso final en este desarrollo consiste en que la autoafirmación de los derechos del agredido sí es compatible con un excepcional homicidio en legítima defensa al agresor.

En ese sentido, se debe de contar con dos requisitos de racionalidad práctica que lograrán una justificación material para este problema específico. De hecho, el jurista Ulpiano aborda también con criterios de racionalidad práctica el dilema de la muerte del agresor en defensa propia con o sin culpa en uno de sus *dictum* (cuestión quinta), ubicado en el título II, a la Ley Aquilia, del libro IX, del Digesto:

Sed et si quemcunque alium ferro so petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse; et si melu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur; sin autem, quum posset apprehendere, maluul occidere, magist est, ut iniuria fecisse videatur, ergo et Cornelia tenebitur.²²

La propuesta para interpretar estos requisitos de racionalidad práctica tiene dos partes. Desde el punto de vista objetivo, desde el lado de la agresión ilegítima, el homicidio contra el agresor deberá tener lugar como una respuesta a peligros específicamente vitales de los que el agredido se haya defendido o a terceros afines a él. Desde el punto de vista subjetivo, la acción defensiva solo estaría justificada en un homicidio en legítima defensa cuando este se lleve a cabo excepcionalmente: homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP), todo ello a la luz del art. 20.3 del CP.

Por consecuencia sistemática, los casos de homicidios dolosos de primer y segundo grado diferenciados así en la doctrina (art. 106 del CP) y el homicidio calificado (art. 108 del CP) desde

²² Traducción nuestra: “Si alguno matase a otro que iba a matarle a él con espada, no parece que lo mató con injuria: más si alguno matase al ladrón por miedo a la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia”.

esta postura se encuentran fuera de la justificación. Estos últimos podrían quedar abarcados por los supuestos de exceso de legítima defensa (*vid. supra* 2.4.1) o de miedo insuperable (20.7 del CP) como eximentes incompletas (art. 21 del CP) y deberán ser evaluados en sede de culpabilidad.

4 REFLEXIÓN FINAL

Se debe proteger a la persona en todo momento, porque protegiéndola se está protegiendo a la humanidad; este sería un valor axiológico-material que complementa la pretensión formal de dar seguridad jurídica. La legítima defensa del art. 20.3 del CP debe de interpretarse como un derecho de defensa ciudadano y su ejercicio debe comprender un uso excepcional y racional frente al agresor, un ejercicio que es necesario para el mantenimiento del derecho.

La reciente modificación legislativa de este instituto no propone una solución práctica viciada de errores insubsanables que carezca de utilidad. Esta técnica legislativa revela una forma inadecuada de solucionar un problema social como es la inseguridad ciudadana, la delincuencia patrimonial y otros fenómenos asociados a esta, con un instrumento dogmático incompatible con estos fines. El caso del homicidio en legítima defensa es un caso excepcional de legítima defensa que no debe constituir la regla y la primera salida. Y, salvo los criterios de racionalidad que aquí se proponen, solo están justificados en legítima defensa los casos de homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP).

Por lo tanto, con todo esto, nos queda una ardua tarea pendiente a la comunidad jurídica. Una parte de esta tarea consiste en la reconstrucción de un modelo de interpretación material de la legítima defensa en los casos concretos por parte de los operadores jurídicos; especialmente, se necesita de un diálogo adecuado que pueda unir el desarrollo práctico del derecho que realiza la jurisprudencia y la discusión científica de los ámbitos académicos.

REFERENCIAS

BINDING, Karl. **Handbuch des strafrechts**. t. 1, reimp. de la ed. de 1885. Aalen: Scientia, 1991.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Lima: Ideas, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**. Traducido por M. Sánchez Sarto. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1940. (Obra original publicada en 1651).

JAKOBS, Günther. **Strafrecht**: allgemeiner teil. 2. ed. Berlín: Gruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des strafrechts**: allgemeiner teil. 5. ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. (Dir.); PAWLIK, Michael; KINDHÄUSER, Urs; WILENMANN, Javier; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coord.). **La antijuridicidad en el derecho penal**: estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2015.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Normas permisivas y normas de tolerancia. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. (Dir.); PAWLIK, Michael; KINDHÄUSER, Urs; WILENMANN, Javier; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (Coord.). **La antijuridicidad en el derecho penal**: estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2003.

NINO, Carlos. **Los límites de la responsabilidad penal**: una teoría liberal del delito. Traducido por G. Rafael Navarro. Buenos Aires: Astrea, 1980.

PAWLIK, Michael. **Das unrecht des bürgers**: grundlinien der allgemeinen verbrechenslehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PAWLIK, Michael. Die notwehr nach Kant und Hegel. En: **Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlín, Ed. Gruyter, v. 114, n. 2, p. 259-299, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Notstand und notwehr**. Berlín: Duncker & Humblot, 1994.

ROXIN, Claus; GRECO, Luis. **Strafrecht allgemeiner teil**: grundlagen: der aufbau der verbrechenslehre. 5. ed. München: Beck, 2020.

SEELMANN, Kurt. **Das verhältnis von § 34 zu anderen rechtfertigungsgründen**. Heidelberg: Decker, 1978.

THOMPSON, Seymour Dwight. Homicide in self-defense. En: **American Law Review**, Boston, Ed. Review Publishing Company, v. 14, n. 8, 1880.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Traducido (da 14.^a ed. alemana) por Eugenio Raúl Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. (Obra original publicada en 1847: *Lehrbuch des gemeinen in deutschland geltenden peinlichen rechts*).

WILENMANN, Javier. **Freheitsdistribution und verantwortungsbegriff: die dogmatik des defensivnotstand im strafrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

VALORES AGREGADOS

IMPORTANTE

El problema de la pretensión del legislador en este punto es el exceso formal de su técnica a la hora de establecer esos límites. Esto significa que el intento del legislador de especificar exhaustiva y casuísticamente cómo deben ser los supuestos particulares de legítima defensa para que se pueda afirmar su justificación como lo hace en ley en comentario, trae como consecuencia práctica una restricción del derecho de la legítima defensa ciudadana más allá de lo esencialmente necesario.

IMPORTANTE

El hecho de condicionar con un presupuesto contingente [...] –“la legitimidad de la posesión o titularidad de los bienes inmuebles”– la validez jurídica de una conducta en legítima defensa de quien defiende su patrimonio demuestra una solución estéril desde el punto de vista jurídico-práctico. [...] [L]os criterios de razonabilidad de tipo material no pueden consistir en aspectos de la realidad que son contingentes [...]. Por el contrario, estos criterios deben formalizar aspectos estables y seguros de naturaleza jurídico-material. Este camino podría comenzar a construirse reforzando la idea de la excepcionalidad de la defensa, la actualidad y la gravedad del peligro del sujeto agredido, así también desde la jurisprudencia objetivando en criterios de razonabilidad el peligro inminente que justifiquen la legítima defensa.

IMPORTANTE

[L]a defensa letal de la víctima respecto de su agresor [...] puede ser un caso auténtico de legítima defensa del art. 20.3 del CP, siempre y cuando esta conducta –único medio para salvarse– haya sido realizada [...] en el momento excepcional para repeler un peligro inminente contra su vida.

IMPORTANTE

En primer lugar, cuando el legislador recoge la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros en peligro [...], ya se está refiriendo a la idea de legítima defensa como autoafirmación individual del sujeto. Si esto [...] se reorienta [...] a la finalidad [...] preventiva de la pena (art. IX del título preliminar del CP), esta autoafirmación tendrá en ese sentido finalidades sociales. Así tenemos en esta primera parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal. Por otra parte, el legislador [...] tiene un interés en devolver la vigencia y confianza en las normas del ordenamiento jurídico que han sido infringidas por el sujeto agresor. [...] De igual modo, si esto último se reorienta hacia una función preventiva de la pena, [...] doblemente se confirmará la necesidad preventiva y la búsqueda de fines sociales del ejercicio del derecho a la defensa por parte del sujeto agredido. Entonces, tenemos también en esta segunda parte un modelo unificado de la legítima defensa del Código Penal.

IMPORTANTE

La propuesta para interpretar estos requisitos de racionalidad práctica tiene dos partes. Desde el punto de vista objetivo, el lado de la agresión ilegítima, el homicidio contra el agresor deberá tener lugar como una respuesta a peligros específicamente vitales de los que el agredido se haya defendido o a terceros afines a él. Desde el punto de vista subjetivo, la acción defensiva solo estaría justificada en un homicidio en legítima defensa cuando este se lleve a cabo excepcionalmente: homicidio culposo (art. 111 del CP) y lesiones graves seguidas de muerte (art. 121 del CP), todo ello a la luz del art. 20.3 del CP.

Recebido em: 26-8-2024

Aprovado em: 4-11-2024