



344 ..
026DE

PERCY GARCÍA CAVERO

PROFESOR ORDINARIO PRINCIPAL
UNIVERSIDAD DE PIURA

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

SEGUNDA EDICIÓN



JURISTA
editores



PERCY GARCÍA CAVERO

© DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú.

Teléfonos: 427-6688 / 428-1072

Telefax: 426-6303

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú: N° 2012-01398

ISBN: 978-612-4066-79-5

Segunda Edición: Marzo 2012

Tiraje: 1000 ejemplares

Composición, diagramación y diseño de carátula:

Víctor Arrascue C.

LECCIÓN 15
LA ANTIJURIDICIDAD

I. Introducción

La categoría de la antijuridicidad constituye el elemento del delito que termina de perfilar el injusto penal^[2076]. Para que una conducta tenga el carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal. En la doctrina penal se ha discutido sobre cuál es el contenido de dicho desvalor, manejándose al respecto diversas perspectivas a las que nos referiremos brevemente antes de dar a conocer nuestro parecer. Una vez precisado el contenido del desvalor que sustenta la antijuridicidad penal, podremos entrar en su faz negativa, es decir, en las llamadas causas de justificación. Dado que la tipicidad de la conducta adelanta, por lo general, su antijuridicidad, la utilidad dogmática de esta categoría se ha encontrado fundamentalmente en las causas que niegan la antijuridicidad penal de la conducta típica.

II. La determinación de la antijuridicidad

La antijuridicidad se determinó primeramente en términos formales, en el sentido de que una conducta típica era además antijurídica si contravenía una norma de prohibición o de mandato. Así, mientras

^[2076] En cuanto a la relación entre antijuridicidad e injusto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 3, precisa que "los conceptos penales de la antijuridicidad y del injusto se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor". Por el contrario, MEZGER, *Tratado*, I, p. 338, entiende que no hay diferencia entre ambos conceptos que deben tratarse como sinónimos.

que la tipicidad tenía lugar con la subsunción de la conducta concreta en el tipo penal, la antijuridicidad requería que esa conducta no contase con una norma permisiva que levantase excepcionalmente la prohibición o el mandato general. La concepción formal resultaba, sin embargo, limitada, pues era incapaz de, entre otras cosas, permitir una graduación de la gravedad del injusto^[2077]. Desde el punto de vista de la infracción de la norma, no es posible diferenciar si las infracciones son más o menos graves.

Las limitaciones de la concepción formal dieron pie a que ésta se complementase con una antijuridicidad material, siendo el propio VON LISZT el que abrió camino a esta distinción. Una acción es materialmente antijurídica cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico^[2078]. La conducta no sólo debe constituir una infracción no permitida de la norma penal, sino que debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Desde esta perspectiva causalista el contenido material de la antijuridicidad penal se presenta como la causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación^[2079].

La metodología kantiana agregó a la descripción externa del delito su significado valorativo. Por lo tanto, la antijuridicidad material dejó de ver la lesión del bien jurídico como un simple proceso causal, para someterla a un juicio de desvalor. En este orden de ideas, MEZGER puso de manifiesto que la antijuridicidad se corresponde con la idea de lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración^[2080]. Sin embargo, debe destacarse que el contenido de la antijuridicidad material fue el mismo, esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico^[2081], por lo que el desvalor de la conducta antijurídica se mantuvo en un desvalor del resultado.

El encuadramiento de la antijuridicidad en el resultado no se abandonó sino hasta la formulación de la teoría del injusto personal de origen finalista. Para el finalismo, el injusto no podía ser una categoría puramente objetiva, sino que requería una vertiente subjetiva que lo diferenciase de los simples sucesos causales. Esta subjetividad del injusto trajo como con-

[2077] Vid., al respecto, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 7.

[2078] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 336 y ss.

[2079] Así, lo pone de manifiesto MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L6/12.

[2080] Vid., MEZGER, *Tratado*, I, p. 341.

[2081] Así, MEZGER, *Tratado*, I, p. 398: "El contenido material del injusto de la acción típica y antijurídica es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico".

secuencia que el centro de la (des)valoración se ubicase en la acción típica y no únicamente en el resultado^[2082]. De esta manera, se llegó a configurar un desvalor de la acción con el cual sustentar el injusto penal, dejando de ser el desvalor de resultado el elemento decisivo del injusto penal^[2083]. La mejor prueba del carácter prescindible del desvalor del resultado fue el injusto de la tentativa, el cual se basaba fundamentalmente en un desvalor de la acción^[2084]. Un ala radical del finalismo llevó el desvalor de la acción al extremo de requerir solamente el desvalor de la intención para sustentar el injusto penal^[2085]. La antijuridicidad de la conducta típica se encontraría exclusivamente en el hecho de manifestar una intención de contrariedad del ordenamiento jurídico-penal.

En nuestra opinión, una conducta es antijurídica si ha defraudado una expectativa normativa de conducta esencial mediante una conducta típicamente relevante. Como puede verse, la antijuridicidad de la conducta descansa en su sentido comunicativo de perturbación social. Esta perturbación social se produce fundamentalmente por el desvalor de la acción, aunque debe reconocerse que la presencia y entidad del desvalor del resultado influye en el nivel de perturbación. De esta manera, conducta y resultado se vinculan de la misma forma que en la tipicidad penal, por lo que salta a la vista la homogeneidad valorativa entre la categoría de la tipicidad y la categoría de la antijuridicidad. Puede decirse que la antijuridicidad, al igual que la tipicidad, no hace otra cosa que determinar la competencia por un suceso socialmente perturbador, con la única particularidad de que esta determinación se hace en situaciones especiales de conflicto. Las llamadas causas de justificación no son más que contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora.

^[2082] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 67: "La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal".

^[2083] En una postura extrema, KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, p. 395 y s., planteó la tesis de que el injusto se agota en el desvalor de la acción, pasando el resultado a ser, a lo sumo, no más que una condición objetiva de punibilidad.

^[2084] Vid., WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 68.

^[2085] Vid., ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, p. 128 y ss.

III. Las causas de justificación

1. Fundamento

Para fundamentar el efecto exonerador de responsabilidad de las causas de justificación, un sector de la doctrina penal parte de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico y las concibe, por tanto, como normas permisivas provenientes del Derecho civil o del Derecho público^[2086]. A esta fundamentación formal se le ha criticado invertir la tarea del Derecho penal, en tanto éste no se dedicaría a proteger bienes jurídicos, sino a legitimar ataques en bienes jurídicos ajenos^[2087]. Por esta razón, la doctrina dominante intenta plantear las causas de justificación como un problema fundamentalmente teleológico^[2088]. Si la función del Derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos (o la vigencia de la norma), las causas de justificación deberán configurarse como supuestos concretos en los que se renuncia a la protección penal de tales bienes.

La razón de la renuncia a la protección penal ha pretendido encontrarse, por otro sector de la doctrina, en un proceso de ponderación que reconoce la primacía de ciertos intereses especiales frente a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro^[2089]. Esta comprensión de la justificación ha resultado, sin embargo, poco adecuada para englobar las distintas causas de justificación reconocidas, lo que explica el rechazo casi generalizado de la doctrina penal a fundamentaciones unitarias de las causas de justificación^[2090]. La referida insuficiencia de las teorías unitarias ha llevado a que actualmente se asuma una fundamentación pluralista de las causas de justificación, es decir, que además del criterio de la ponderación se consideren otros aspectos tales como la ausencia de interés, la preservación del orden jurídico, el principio de proporcionalidad, el principio de autonomía o de responsabilidad^[2091].

^[2086] Vid., en este sentido, GÖSSEL, *JuS* 1979, p. 164 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 323.

^[2087] Vid., en este sentido, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 251 y s., con mayores referencias.

^[2088] Vid., así el planteamiento de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 253 y ss.

^[2089] Vid., con matices propios, HORN, *Untersuchungen*, pp. 81, 105; SCHMIDHÄUSER, *FS-Lackner*, p. 77 y s.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), p. 329; GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 168. Críticamente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 33 y ss.

^[2090] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 38.

^[2091] En la doctrina nacional YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 104.

A nuestro entender, las causas de justificación deben ser interpretadas como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto^[2092]. Como puede verse, se trata de una parte del proceso de imputación penal, en la que se determina quién es el competente por el hecho concreto y en qué medida lo es. La única finalidad de la diferenciación expositiva entre tipicidad y antijuridicidad es mostrar los diversos pasos lógicos en un proceso de imputación penal o las posibilidades de su negación. En este sentido, en las causas de justificación se discute, al igual que en la tipicidad objetiva y subjetiva, quién resulta competente por el hecho acaecido^[2093]. Lo particular de las causas de justificación es que el descargo de la imputación tendría lugar por la existencia de una situación especial de conflicto.

Para precisar quién resulta competente en ciertas situaciones de conflicto y en qué medida lo es, debemos recurrir a criterios normativos que responden al sentido de la categoría de la antijuridicidad penal^[2094]. De manera absolutamente general, puede decirse que la razón de ser de la antijuridicidad penal en la teoría del delito es determinar si las reglas generales de atribución del hecho delictivo se mantienen en caso entren en juego otros intereses que resultan también jurídicamente relevantes. Como base de este análisis debe tenerse en cuenta que los intervinientes en el suceso conflictivo son personas, de manera que en ningún caso cabe una solución arbitraria que niegue a alguien su personalidad, ni tan siquiera cuando recaiga sobre éste el más alto grado de competencia por el suceso lesivo. Por consiguiente, de entre los medios idóneos de los que se dispone en una situación especial de conflicto siempre se tiene que escoger el menos lesivo, o la utilización menos lesiva, para las personas que resulten finalmente afectadas^[2095].

^[2092] En este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 142. En el Perú, CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 677, sigue este planteamiento.

^[2093] De manera concluyente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 y ss.; CADENAS, *LH-Jakobs* (Perú), p. 396.

^[2094] Así, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 195 y ss.

^[2095] Vid., en este sentido, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 197. Si bien PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 11, reconoce igualmente la exigencia de la racionalidad de la defensa (dentro de lo que considera también lo proporcional), su fundamento no está en el reconocimiento abstracto de la persona del agresor, sino en un deber de sacrificio al que está obligado el agredido como ciudadano, lo que dependerá de la identidad de cada sociedad.

En un primer nivel de determinación del grado de competencia en las situaciones de conflicto debe atenderse a la idea de la normatividad pura, esto es, una consideración basada únicamente en la titularidad sobre los bienes en conflicto o en la organización de estos bienes^[2096]. Si un bien atribuido a una persona genera una situación peligrosa a causa de un hecho fortuito o incluso por la conducta de un tercero, su competencia le obliga a tener que tolerar los actos dirigidos a resolver el conflicto hasta la medida de su titularidad respecto del bien en cuestión^[2097]. Por ejemplo, si el árbol del jardín de una persona cae sobre el camino de acceso a la casa del vecino, éste estará autorizado a cortar el árbol para entrar a su casa. Distinto es el caso si se trata de una organización peligrosa de sus bienes, pues la competencia no alcanza solamente hasta la medida de lo que genera concretamente la situación específica de conflicto, sino que abarca a toda su organización^[2098]. Por ejemplo, la agresión ilegítima con un cuchillo no autoriza solamente a destruir el cuchillo, sino a afectar al agresor mismo, en la medida que sea necesario para evitar la agresión. No obstante, si nos limitamos a este criterio normativo las soluciones resultarían a todas luces insatisfactorias, pues permitiría la lesión de otra persona (o sus derechos) para mantener intereses insignificantes, en tanto ello sea necesario^[2099]. Por ello, únicamente los casos de una organización responsable (agresión ilegítima) podrían justificarse sólo con una defensa necesaria^[2100], ya que el agresor desconoce en estos casos al otro como titular de sus bienes^[2101].

La situación se torna distinta si se trata de una organización no responsable que genera la necesidad de una defensa por parte de otro (el llamado estado de necesidad defensivo), pues una competencia en grado máximo del creador de la situación peligrosa se presenta socialmente como excesiva^[2102]. Debe tenerse en consideración que, en estos casos, el "agresor" no se ha organizado responsablemente, lo que significa que no

^[2096] Vid., así la afirmación de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 86: "Por eso, en el "entendimiento abstracto" se muestra "toda lesión jurídica como absoluta".

^[2097] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 198 y s.

^[2098] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss.

^[2099] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

^[2100] Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 75, con base en una competencia plena del agresor.

^[2101] Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 77.

^[2102] Por ello, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 76, considera en estos casos al agresor no responsable sólo como preferentemente competente.

comunica de manera manifiesta el desconocimiento de la personalidad del afectado. Para evitar las consecuencias excesivas de un criterio de normatividad pura, la determinación del grado de competencia debe recurrir en estos casos a otro criterio normativo: La normatividad utilitarista. Según este criterio, la medida de competencia del que se ha organizado de manera no responsable alcanza solamente a tolerar una defensa que no sea desproporcionada^[2103].

La solución que se desprende de los criterios utilitaristas resulta, sin embargo, incorrecta cuando el estado de necesidad es agresivo, esto es, cuando una persona en situación de necesidad agrede a otra completamente ajena al origen del conflicto. Por ejemplo, una persona entra en una vivienda ajena para guarecerse de unos agresores que lo están persiguiendo. La organización responsable del que se encuentra en situación de necesidad sin la intervención del tercero afectado, debería traer consigo su plena competencia por el hecho. No obstante, hay que reconocer que la competencia por un conflicto no se establece sólo con base en criterios de organización, sino que existen razones institucionales que podrían trasladar la competencia al ámbito del perjudicado por la acción de salvaguarda^[2104]. Esta competencia del sujeto ajeno a la situación de peligro se manifiesta en el deber de tolerar la lesión de determinados bienes propios con la finalidad de salvaguardar otros de mayor relevancia^[2105]. Sobre el afectado por una situación de necesidad permanece solamente una competencia por la adecuación de su conducta de salvaguarda, es decir, que no se trate de una forma de agresión que, de generalizarse, rompería las condiciones mínimas de convivencia. Por ejemplo, nadie que padezca una enfermedad renal, está autorizado a secuestrar y extraer por la fuerza un riñón a otro.

^[2103] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 203, en relación con bienes compensables de cierta magnitud. Establece como límite del estado de necesidad defensivo el baremo del "interés salvaguardado no inferior", BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 25, 78 y s.

^[2104] Vid., en este sentido, la fundamentación del deber de tolerancia de PAWLIX, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 103 y ss. Recurre a los deberes de solidaridad (solidaridad general intersubjetiva), BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 22, 90 y ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 1023 y ss., hace una redefinición del deber de tolerancia como deber negativo, en el sentido de deber de no organizar (reorganizar) la propia esfera jurídica de modo tal que de ello se derive un incremento del riesgo para terceros.

^[2105] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 206.

Como puede verse, en las causas de justificación no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro continúa siendo penalmente competente por dicha afectación a pesar de que existen otros intereses en juego. Las causas de justificación producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene más la competencia por el hecho lesivo, sino que éste debe ser asumido por el propio afectado.

2. Los aspectos objetivo y subjetivo en las causas de justificación

La determinación de la existencia de una causa de justificación requiere tener en cuenta tanto la faceta objetiva como subjetiva de la situación^[2106]. Si bien cada causa de justificación tiene sus propias particularidades, existen ciertos aspectos comunes que permiten comprender el significado general de la justificación en el proceso global de imputación penal. También aquí el descargo de la imputación debe ser considerado como una unidad, pues un aislamiento de lo objetivo y lo subjetivo solamente llevaría a resultados incorrectos o incompletos en el tratamiento de las causas de justificación.

A. El aspecto objetivo de las causas de justificación

Siuviésemos que resumir el aspecto objetivo de las causas de justificación en una sola idea, éste sería, con los peligros de cierta vaguedad, una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto de actuación. Si bien este dato objetivo adquiere contornos específicos en las distintas causas de justificación, en la doctrina penal se ha discutido en general si los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben existir realmente^[2107] o si basta sólo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia^[2108]. Como punto de

^[2106] Contra el carácter puramente objetivo de la antijuridicidad y, por lo tanto, de las causas de justificación se mostró M. E., MAYER, *Derecho Penal*, PG, p. 232: "los elementos subjetivos de la antijuridicidad son auténticos atributos de la antijuridicidad".

^[2107] En este sentido, GALLAS, *FS-Bockelmann*, p. 167; SANZ MORÁN, *Revista penal* 5 (2000), p. 84. Con algunas precisiones, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 331.

^[2108] En este sentido, FRIßCH, *Vorsatz*, p. 424 y ss.; KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, p. 401; RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 382 y ss.

partida, puede decirse que nos parece más adecuado el punto de vista que sostiene que los presupuestos objetivos deben estar presentes, en tanto las causas de justificación requieren algo más que una simple prognosis. No obstante, debemos señalar que esta afirmación requiere de algunas matizaciones particulares.

En los casos en los que el afectado resulta competente por la producción de la situación de conflicto (legítima defensa, por ejemplo), deberá establecerse una vinculación efectiva entre la situación de conflicto y la esfera de organización del agresor, no siendo posible sustituir esta vinculación por una simple prognosis^[2109]. Sin embargo, resulta pertinente precisar que esta vinculación objetiva existe ya en el caso que el afectado haya generado una apariencia de peligro (agresiones aparentes), de manera tal que la situación de conflicto pueda imputársele objetivamente con los correspondientes deberes de tolerancia. Por ejemplo, el uso de un arma aparente autoriza ya una legítima defensa del amenazado^[2110].

En los casos en los que el Estado se encarga de precisar la situación de conflicto y autoriza la realización de una conducta que, en principio, está prohibida (los permisos administrativos excepcionales, por ejemplo), solamente bastará la legalidad de tal autorización para cumplir con el aspecto objetivo de la causa de justificación. Si las condiciones materiales para tal autorización resultan discutibles, ello no afectará la justificación, en tanto el funcionario público competente se haya movido dentro de su ámbito de discrecionalidad.

Finalmente, cabe mencionar los casos de ejercicio de funciones públicas, en donde la justificación requerirá en el plano objetivo que estén presentes solamente los requisitos o indicios necesarios para poder ser ejercidas (por ejemplo, la facultad de detención o el allanamiento de domicilio por delito flagrante)^[2111]. El cuestionamiento de la decisión en aspectos de la discrecionalidad judicial o policial no enerva la existencia del aspecto objetivo de la situación de justificación.

^[2109] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 9.

^[2110] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 10. Niega la situación de peligro en estos casos para supuestos que comprometen la vida y la integridad física, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 9; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 268 y ss.

^[2111] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 15.

B. El aspecto subjetivo de las causas de justificación

La exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación resulta altamente controvertida^[2112]. Un sector de la doctrina considera que la justificación constituye un aspecto esencialmente objetivo^[2113], a lo cual se oponen aquellos que, por el contrario, exigen en este nivel que el autor actúe con la finalidad de justificación^[2114]. En una posición intermedia se encuentran, por un lado, los que admiten elementos subjetivos en algunas causas de justificación y, por el otro, los que consideran que el aspecto subjetivo debe abarcar solamente el conocimiento de la situación de justificación^[2115]. En nuestra opinión, para poder resolver esta discusión, debemos recordar que las causas de justificación permiten una determinación de las competencias mediante una concreción del hecho. En este sentido, el aspecto subjetivo debe también concretarse, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de la situación de justificación.

El aspecto subjetivo en las causas de justificación no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor^[2116], pues, tal como ya lo hemos indicado, el estado psíquico del autor es absolutamente irrelevante para la imputación penal. Por otra parte, tampoco la sola existencia objetiva de las condiciones de una causa de justificación resulta suficiente para suprimir la imputación penal, ya que la defraudación de las expectativas normativas de conducta no se fundamenta en la simple lesión de algo valioso, sino en la expresión de sentido del ciudadano frente a la norma^[2117]. Por esta razón, consideramos como más adecuado el parecer doctrinal que exige el conocimiento (mejor expresado, la imputación del conocimiento) de la situación de justificación^[2118]. No obstante, debe señalarse que esta impu-

^[2112] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 18.

^[2113] En este sentido, SPENDEL, *FS-Bockelmann*, p. 251 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, p. 484 y s.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG, p. 462 y ss.; CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, p. 107.

^[2114] En este sentido, RUDOLPHI, *FS-Maurach*, p. 58; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 329.

^[2115] En este sentido, FRISCH, *Vorsatz*, p. 457; EL MISMO, *FS-Lackner*, p. 142 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 21; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 9, n.m. 139 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/16 y ss.; GIMBERNAT ORDIG, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 326.

^[2116] En este sentido, FRISCH, *FS-Lackner*, p. 135 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 20.

^[2117] Sobre la oposición entre bien jurídico como objeto valioso y bien jurídico como vigencia de la norma, vid., en detalle, JAKOBS, en *El sistema funcionalista*, p. 43 y ss.

^[2118] Sigue acertadamente este parecer, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 83.

tación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de justificación, sino que debe abarcar también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto^[2119]. Si se realiza una conducta objetivamente justificada, pero sin el conocimiento requerido del autor, habrá que determinar cómo se sanciona este caso. En la doctrina alemana se recurre a la aplicación de la regla de la tentativa, mientras que en España se aplica la normativa de la eximente incompleta^[2120]. En nuestro caso, el artículo 21 del CP hace más viable la solución alcanzada por la doctrina española^[2121].

Puede también presentarse un supuesto de error respecto de la existencia de los elementos objetivos de la situación de justificación. Este supuesto de error puede deberse, en primer lugar, a defectos de percepción sensorial que hacen creer al autor que su conducta se encuentra justificada. Se trata fundamentalmente del error sobre las condiciones fácticas u objetivas de las causas de justificación, llamado también error de tipo permisivo^[2122]. La polémica que ha despertado este supuesto de error en la doctrina penal se debe a que algunos lo consideran un error de tipo y otros un error de prohibición. En nuestra opinión, se trata de un error que afecta la imputación del injusto penal, por lo que constituye un error que se mueve en el mismo plano del error de tipo. Por esta consideración, resulta aplicable a este caso la normativa del error de tipo prevista en el artículo 14 primer párrafo del CP.

El error en las causas de justificación puede surgir también por valoraciones defectuosas, en la medida que el autor considera que las características de su actuación se ajustan a las condiciones de la causa de justificación correspondiente. La doctrina penal trata estos supuestos como error de prohibición indirecto^[2123], lo que significa ubicar este supuesto de error

^[2119] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 94: "Él (scil. el autor) tiene pues el dolo de hacer algo objetivamente ajustado a derecho".

^[2120] A favor de la aplicación de una eximente incompleta, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG L16/19. Por una aplicación directa de las reglas de la tentativa se pronuncia FRISCH, *FS-Lackner*, p. 138 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 101; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1987, p. 661. Por una aplicación analógica, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 23 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 330.

^[2121] Vid., REAÑO PESCHIERA, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 207.

^[2122] Vid., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT § 9, n.m. 153 y ss.

^[2123] Vid., en general, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 36 y ss.; ARMAZA GALDOS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 45.

en el plano de la culpabilidad. En nuestra opinión, el error sobre el carácter permitido o prohibido del hecho debe ubicarse en el mismo plano que el error de tipo, aun cuando la regulación contenida en el artículo 14 del CP parecería optar por tratar estos errores como errores de prohibición. De manera absolutamente clara en los tipos penales con elementos de valoración global, el error de valoración respecto de una causa de justificación debe ser comprendido como un error de tipo, pues la incorporación en el tipo penal de una cláusula de valoración de la antijuridicidad de la conducta hace que su errónea apreciación se mueva en el plano de la tipicidad. Así, por ejemplo, en el delito de secuestro el error sobre una situación de justificación deberá considerarse un error sobre el elemento del tipo "sin derecho, motivo o facultad justificada", mas no un error de prohibición que deba resolverse en sede de culpabilidad. Pero no sólo en estos casos manifiestos debe tratarse el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, sino también cuando el tipo penal carezca de una referencia explícita a la antijuridicidad de la conducta, pues, tal como se vio al tratar el dolo, no es posible imputar subjetivamente el dolo si el autor no conoce el carácter antijurídico del hecho concretamente realizado, lo que evidentemente sucede cuando el agente cree que su conducta se encuentra justificada.

En los supuestos de error sobre la causa de justificación la doctrina penal discute si cabe hacer la exigencia adicional de un deber de comprobación (*Prüfungspflicht*) que obligaría al beneficiado, bajo responsabilidad, a verificar la existencia efectiva de una situación justificante^[2124]. El parecer actualmente dominante se opone a la exigencia de tal deber^[2125], en tanto se confundiría la situación de justificación con la constatación de la misma y produciría soluciones insatisfactorias en el caso de partícipes con procesos subjetivos de constatación distintos^[2126]. No cabe duda que esta apreciación crítica resultaría correcta si se tratase de verificar el proceso psíquico que cada partícipe ha tenido en el hecho. No obstante, si la determinación del aspecto subjetivo de la causa de justificación constituye también una impu-

[2124] Vid., la referencia en JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 24; ROXIN, *Derecho Penal*, PG § 14, n.m. 81 y ss.

[2125] Vid., en detalle, RUDOLPHI, *GS-Schröder*, p. 73 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 82. Por su parte, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 330, considera que un deber de comprobación no forma parte de los presupuestos subjetivos de las causas de justificación.

[2126] Así, concretamente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 25.

tación^[2127], el conocimiento de los aspectos relevantes para la evaluación de la situación de conflicto podrá atribuirse a los intervinientes sin mayores inconvenientes con independencia de sus representaciones psíquicas divergentes.

Resulta pertinente destacar que la ausencia de una imputación de conocimiento al autor en la situación específica no excluye, sin embargo, la posibilidad de una exigencia normativa de conocimiento. No cabe duda que un deber de comprobación en una situación de conflicto resulta impracticable, pues las condiciones de una situación de conflicto no favorecen normalmente un juicio mesurado por parte del autor^[2128]. Sin embargo, si resultase posible exigir del autor haberse procurado los elementos de juicio para valorar adecuadamente la situación de justificación en el caso concreto, una imputación de responsabilidad podrá tener lugar, aunque con la pena prevista para el delito culposo conforme a lo establecido en el artículo 14, segundo párrafo del CP.

3. Efectos de las causas de justificación

La determinación de una causa de justificación en el caso concreto tiene el efecto principal de levantar la imputación penal establecida a nivel de la tipicidad. Sin embargo, esta constatación tiene otros efectos penalmente relevantes. En primer lugar, hay que señalar que la existencia de una causa de justificación tiene relevancia en la configuración de los criterios de imputación de responsabilidad. Así, si se determina que una agresión está justificada, no cabrá defenderse de ella legítimamente, pues no se trata de una conducta prohibida que permita cumplir con el requisito de la agresión ilegítima^[2129]. Sobre el afectado por una causa de justificación recaerá un deber de tolerancia, lo que le impedirá responder legítimamente frente a la

^[2127] Por esta razón, la representación incierta de una situación de justificación (vid., sobre esto JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 28 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 87 y ss.) constituye una problemática circunscrita a la psique del autor sin ninguna relevancia para el Derecho penal.

^[2128] Vid., esta apreciación en JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 11, n.m. 26.

^[2129] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 104. Por su parte, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 380 y ss., matiza esta afirmación, pues entiende que existen ciertas causas de justificación (la que denomina genuinas causa de justificación) que sólo excluyen la antijuridicidad penal, pero no son antijurídicas en todo el ordenamiento jurídico, por lo que en estos casos cabría una legítima defensa.

restricción de derechos que supone la actuación justificada^[2130]. La justificación de una conducta típica tiene además el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes contribuyen a la materialización de la causa de justificación. En las exposiciones doctrinales se suele hacer referencia a la accesoriedad cualitativa de la participación para explicar en estos casos la falta de castigo de los partícipes^[2131]. Sin embargo, el hecho es que la justificación de la conducta niega la existencia de un injusto, sin el cual no es posible imputar responsabilidad penal a nadie^[2132].

Las causas de justificación tienen relevancia también en el plano de las consecuencias jurídicas del delito. Así, se ha dicho que una medida de seguridad sólo podrá imponerse si es que el hecho del inimputable peligroso constituye una conducta típica y antijurídica^[2133]. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo correcta, pues el fundamento de dichas medidas se encuentra en la peligrosidad objetiva que se manifiesta en una conducta objetivamente peligrosa. En este orden de ideas, puede ser que la conducta peligrosa no sea típica por falta de imputación subjetiva, lo que no debe impedir la imposición legítima de una medida de seguridad. En este orden de ideas, las medidas de seguridad podrán imponerse aun cuando el inimputable peligroso haya realizado simplemente una conducta objetivamente prohibida^[2134].

Se ha señalado también que la justificación de una conducta levanta el deber de indemnizar por el daño producido^[2135]. Esta afirmación no es, sin embargo, absoluta, pues en determinados casos la justificación sólo le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que le implica dicha tolerancia. Así, pues, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar la integridad física de otro, esta situación no tendría que impedir que luego de superada la situación de conflicto el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos del daño generado al afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios

[2130] Vid. ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 105.

[2131] Así, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 533.

[2132] Igualmente, VILLEGAS-PAYVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 84.

[2133] Así, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36.

[2134] En esta línea va la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, en *LH-Enrique Bacigalupo*, p. 867 y ss.

[2135] En este sentido, LUZÓN PEÑA, en *Causas de justificación*, Luzón Peña/Mir Puig (coords), p. 36.

intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta justificada no trae siempre como consecuencia la falta de un deber de reparar. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento^[2136].

IV. De las causas de justificación en particular

1. La legítima defensa

A. Concepto

La legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. En la medida que la defensa se lleva a cabo para contrarrestar una agresión responsablemente organizada por el agresor, la competencia por las afectaciones que producirá el acto de defensa deberá recaer sobre el agresor^[2137]. El fundamento del efecto justificante de la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad en el contexto específico de la agresión, esto es, en el plano de la normatividad pura^[2138].

La legítima defensa supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye, a su vez, una *actio duplex*, en la medida que puede verse como una afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes^[2139]. Si bien el acto de defensa constituye una agresión a una persona, el defensor no está obligado a reconocer al agresor como

^[2136] De igual parecer, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 85.

^[2137] Así, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 199 y ss., con base en el criterio antes mencionado de la normatividad pura. Una fundamentación similar de la legítima defensa se encuentra en RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 275, con base en la restabilización de las relaciones de coordinación entre agresor y agredido. Por el contrario, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 1, recurre a una fundamentación dualista de la legítima defensa (protección de bien jurídico y mantenimiento del orden jurídico). Críticamente con la fundamentación dualista, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 6 y ss.

^[2138] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 200. Similarmente, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 10 y s.

^[2139] Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 17.

ciudadano (si como persona), pues la agresión ilegítima de este último implicó una negación de las relaciones de mutuo reconocimiento de la personalidad entre ambos.

B. Requisitos

Los requisitos de la legítima defensa se ordenan en función de los actos de organización de los intervinientes en esta situación de justificación. En cuanto al acto de organización del agresor, se exige que éste sea ilegítimo y que no exista una provocación previa suficiente que de lugar a dicha agresión. En cuanto al acto de defensa del agredido, se requiere que los medios empleados sean racionales para impedir o repeler la agresión. Veamos estos aspectos de manera más detenida.

a. La agresión ilegítima

La agresión consiste en la amenaza de un bien jurídico por parte de una conducta humana^[2140]. No podrá calificar de agresión, por lo tanto, el ataque de animales^[2141] –a no ser que un animal sea azuzado por el dueño, en cuyo caso la agresión será la conducta del dueño^[2142]– o los sucesos naturales que no constituyan propiamente una acción humana. No hay impedimento para que la agresión se realice también mediante una omisión, siempre que ésta sea penalmente relevante por existir una posición de garantía^[2143], como por ejemplo la madre que no alimenta al niño.

Si bien el tenor de la ley no menciona la entidad de la agresión, existe unanimidad en la doctrina penal al requerir que ésta sea real y actual. En cuanto a la realidad, se dice que la agresión debe tener existencia en el mundo objetivo^[2144], de lo contrario lo que habrá es un error que, da-

[2140] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6 y ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 276 y ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 264 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1403 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 537 y s.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 680 y ss.

[2141] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 14; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 51.

[2142] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 6.

[2143] Vid., con amplias referencias bibliográficas, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 21; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 11; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 272 y ss.

[2144] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 541; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 97.

das ciertas condiciones, podrá levantar igualmente la imputación penal. La existencia de una agresión real no debe limitarse, sin embargo, a las agresiones realmente peligrosas, sino que también cabe incluir el caso de la generación responsable de una apariencia de peligro (agresiones aparentes o con armas aparentes). Si una persona se organiza de una forma tal que genera las condiciones para asumir razonablemente la existencia de un peligro inminente, tendrá que asumir la competencia por la apariencia creada responsablemente. Por su parte, la actualidad de la agresión significa que ésta sea inminente, que esté teniendo lugar o que prosiga^[2145]. En la doctrina penal se discute especialmente cuándo se puede hablar ya de una inminencia de la agresión, opinando algunos por el inicio de la fase de tentativa de la agresión (solución de la tentativa), mientras que otros lo hacen por el ámbito inmediatamente previo al inicio de la tentativa (teoría de la zona previa)^[2146]. Dada la finalidad de protección de la legítima defensa, resulta consecuente que, desde el momento inmediatamente previo a la agresión, se pueda ejercer legítimamente una defensa de los intereses.

El acto de organización del agresor debe ser ilegítimo, tal como se desprende del tenor literal del artículo 20, inciso 3, literal a) del CP. La exigencia del carácter ilegítimo de la agresión significa que la agresión debe ser antijurídica^[2147]. La primera cuestión que cabe determinar es si esta contrariedad al Derecho de la agresión debe estar referida al incumplimiento de una prohibición general o si ésta debe ser específicamente penal. En nuestra opinión, debe tratarse de una agresión contraria a la normativa penal^[2148]. A partir de esta consideración, no podrá considerarse una agresión ilegítima las simples infracciones de deberes de cuidado que no generen un riesgo penalmente prohibido como, por ejemplo, pasarse un semáforo en rojo. Esta consecuencia se ve con mayor claridad en el caso de omisiones que, si bien no están jurídicamente amparadas, no constituyen una agresión penalmente relevante (por ejemplo, los inquilinos que omiten

^[2145] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 20; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/52.

^[2146] Vid., la discusión, con mayores referencias doctrinales, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 21; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 285; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 165.

^[2147] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 276.

^[2148] Igualmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 14; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 278. De otro parecer, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 540; YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 110; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 95; MOMETHIANO SANTIAGO, *LH-Zaffaroni, Mendoza/Armaza/Urquiza* (coord.), p. 134..

abandonar la vivienda o el deudor que no paga). En estos casos sólo le queda al afectado recurrir a la vía civil o buscar otras alternativas ofrecidas por el ordenamiento jurídico^[2149].

La exigencia de la antijuridicidad penal de la agresión ha dado pie a que se discuta si la agresión es una situación puramente objetiva o si, por el contrario, requiere también de una imputación subjetiva. La posición tradicional y que aún cuenta con adeptos sostiene que la agresión se determina únicamente en función del resultado, es decir, con una conducta que amenace con lesionar un bien jurídico^[2150]. En la actualidad esta posición ha sido prácticamente abandonada y la doctrina penal coincide mayoritariamente en que la agresión debe contener un desvalor de la acción y, por lo tanto, resulta necesario no sólo que se haya creado un riesgo penalmente prohibido, sino también que la creación de ese riesgo debe imputársele subjetivamente al agresor. En relación con este último aspecto se discute si cabe una legítima defensa ante una agresión indebida tanto de carácter doloso, como de carácter culposo. Si bien no hay un impedimento estructural para admitir una legítima defensa ante una agresión culposa, la organización responsable es, en este caso, de menor gravedad, por lo que lo razonable es dejar fuera de la legítima defensa las agresiones culposas y tratarlas, más bien, en el ámbito del estado de necesidad defensivo^[2151].

Un sector doctrinal resulta más exigente en cuanto a la calidad de la agresión, en la medida que requiere que la agresión sea además culpable. Se alega que el derecho a la legítima defensa debe ser consecuencia de algo más que la mera responsabilidad o incumbencia del agresor, pues se autoriza el tratamiento más drástico en su contra, lo que sólo ocurre cuando el agresor ha creado culpablemente el conflicto^[2152]. Por lo tanto, si la agresión proviene de personas manifiestamente inculpables, la defensa no se ajustará a los requisitos de la legítima defensa, sino a los de un estado de necesidad defensivo. A este planteamiento se le cuestiona desde postula-

[2149] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 34.

[2150] Así, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, § 21, II, 1 a.

[2151] Vid., en este sentido, la opinión de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 281 y ss., con base en consideraciones que califica de axiológicas. Igualmente aprecia un estado de necesidad defensivo, PÉREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 48; MOMETHIANO SANTIAGO, LH-Zaffaroni, *Mendoza/Armaza/Urquiza* (coord.), p. 133. De otro parecer, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 539; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 93.

[2152] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 18.

dos preventivo-generales que se niegue la necesidad del prevailecimiento del Derecho, que fundamenta la legítima defensa, en el caso de conductas antijurídicas, pero no culpables^[2153]. Sin embargo, debe tenerse presente que la agresión no culpable no queda sin respuesta del agredido, sino que el estatuto que regula la legítima reacción del agredido resulta un tanto más exigente precisamente por la falta de culpabilidad del agresor.

La doctrina dominante limita la legítima defensa a la agresión que recae sobre bienes jurídicos individuales^[2154]. Sin embargo, no existe una razón de fondo para excluir los bienes jurídicos supraindividuales o estatales^[2155]. En el caso de bienes jurídicos difusos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas difusamente por la agresión pueda oponer una defensa legítima que impida la prosecución del delito. Por ejemplo, el montañista que reduce a la persona que está prendiendo fuego en el bosque (delito de peligro común). Si se trata de intereses estatales, el particular podría ejercer igualmente una legítima defensa a favor de los intereses del Estado^[2156], en la medida que, tal como lo dispone el artículo 20 inciso 3 del CP, la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros. Por ejemplo, impedir por la fuerza que el espía que lleva información secreta pase la frontera hacia otro país.

Del párrafo anterior se desprende además que la legítima defensa se puede ejercer ante la agresión de bienes jurídicos propios como de terceros. La legítima defensa de intereses ajenos, conocida también como auxilio necesario, se puede llevar a cabo sin que sea necesario algún tipo de vinculación especial entre el agredido y quien ejerce la legítima defensa a su favor. Un sector de la doctrina penal exige, sin embargo, que en estos casos se cuente cuando menos con el consentimiento del agredido^[2157]. En nuestra

^[2153] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 14, n.m. 18. Niega también la necesidad de que la agresión sea culpable, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/50; HUITRADO POZO, *Derecho Penal*, PG, § 13, n.m. 1374; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 95.

^[2154] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 35; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/61.

^[2155] Admiten legítima defensa en el caso de bienes jurídicos colectivos, SCHRÖDER, *FS-Maurach*, p. 141, de manera limitada; DANNECKER, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554, de manera más general. En la doctrina nacional, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 98.

^[2156] Vid., en este sentido, aunque con ciertas restricciones, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 39; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 6. En la doctrina nacional, REÁTRGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 171.

^[2157] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 548.

opinión, esta exigencia resultaría solamente procedente si se trata de bienes jurídicos disponibles, pues en el caso de bienes jurídicos indisponibles la legítima defensa de terceros estará siempre justificada^[2158].

b. La falta de provocación suficiente

El artículo 20, inciso 3, literal c) del CP dispone que solamente habrá una legítima defensa si es que no ha tenido lugar una provocación suficiente de quien hace la defensa^[2159]. El carácter ilegítimo de la agresión se levanta en este supuesto porque existe precedentemente una provocación suficiente por parte del defensor que le traslada la competencia por la agresión^[2160]. Lo primero que debe precisarse es que la provocación no es lo mismo que una agresión ilegítima frente a la que se responde de manera jurídicamente permitida^[2161]. En estos casos, no cabe alegar que la falta de competencia del agresor tiene lugar por la provocación precedente del agredido, sino que no habría propiamente una situación de legítima defensa, en la medida que la reacción del agresor no sería ilegítima. La provocación no debe entenderse como una agresión ilegítima ante la que el afectado se defiende con otra agresión, sino una situación injusta que hace razonable una reacción del provocado.

El punto de discusión respecto del requisito de la falta de provocación es su suficiencia. Si la provocación consiste en una conducta antijurídica que apunta a que el provocado reaccione para poder luego dañarle alegando una legítima defensa, el agresor no será competente por la situación de conflicto, sino el que la ha provocado de forma intencionada^[2162]. El agredido se pone autorresponsablemente en situación de peligro con su conducta provocadora. Más discutible es el caso de una provocación antijurí-

^[2158] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 100; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 59; YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p. 110. De un parecer distinto a partir del principio de autodefinition de los intereses propios, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 336 y s.

^[2159] Vid., con distintas fundamentaciones y matices, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 88; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49; RENZI KOWSKI, *Notstand*, p. 302 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1441 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 685 y s. Rechazan que la provocación pueda descartar una legítima defensa, BOCKELMANN, *FS-Honig*, p. 19 y ss.; FRISTER, GA 1988, p. 310.

^[2160] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 49, asimila este fundamento de la competencia de provocador con la injerencia.

^[2161] Vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal*, PG, p. 355; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal e Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 104.

^[2162] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 59.

dica culposa, es decir, cuando no hay intención del agredido de provocar la agresión del provocado. A nuestro entender, no hay una razón convincente para negarle el carácter de provocación a una agresión antijurídica culposa, pues igualmente puede motivar razonablemente una reacción del provocado^[2163]. En consecuencia, la provocación suficiente puede ser dolosa o culposa, pero lo que evidentemente requiere es que afecte de forma ilegítima al provocado. Por el contrario, se niega la suficiencia de la provocación cuando se trata de burlas injustificadas que no tienen un carácter delictivo. La regla general es que este tipo de provocación no resulta suficiente para justificar una agresión física^[2164], aunque habría que considerar en ciertos casos la intensidad de este tipo de provocación a efectos de precisar si puede exigírsele a un ciudadano promedio un deber de tolerarla. Lo que queda absolutamente claro es que no puede calificarse de provocación los requerimientos o injerencias permitidas por el ordenamiento^[2165] (por ejemplo, la intervención de un policía de tránsito ante una infracción o el requerimiento de pago que un acreedor hace al deudor en mora).

c. La racionalidad de la defensa

El acto de defensa del que se defiende debe ajustarse al criterio de la necesidad racional de la defensa^[2166]. En efecto, tal como lo dispone el artículo 20, inciso 3, literal b) del CP, constituye un requisito de la legítima defensa la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Está claro que el término "medio empleado" no debe entenderse únicamente en el sentido de un instrumento, sino como la reacción necesaria de defensa, la cual puede hacerse con algún instrumento o directamente por el autor^[2167]. Por esta razón, la doctrina penal no habla de medio necesario, sino de defensa necesaria.

^[2163] Igualmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 54. En la doctrina nacional, YON RUESTA/TORRES COX, *Actualidad Jurídica*, T. 172, marzo de 2008, p.115; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 105; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 177. De otro parecer, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 545.

^[2164] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 67; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/80.

^[2165] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 65.

^[2166] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 30 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 41; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 299 y ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1423 y ss.; CARO CORIA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 682 y ss. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se precisa el elemento de la necesidad racional de la defensa en la decisión R.N. N° 1985-99 Lima de 14 de junio de 1999 [*Revista peruana de jurisprudencia* 3 (2000), p. 281 y s.].

^[2167] En este sentido, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 49.

En la literatura especializada existe coincidencia en señalar que la necesidad racional de la defensa significa que, de entre las alternativas de defensa idóneas de las que dispone el agredido, éste debe elegir la que menos daño produce al agresor^[2168]. Se trata de un único criterio de valoración que establece que la defensa idónea para repeler o evitar la agresión ilegítima debe ser la menos lesiva para el agresor, en tanto éste, pese a la agresión responsablemente organizada, no pierde el estatus de persona. En consecuencia, no puede compartirse la tesis que sostiene que la defensa debe ajustarse a dos criterios distintos: La necesidad de la defensa y la racionalidad de la defensa^[2169]. Respecto de la defensa idónea se exige únicamente que sea racionalmente necesaria.

Para determinar la necesidad racional del acto de defensa, hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se dispone para la defensa^[2170]. El baremo a utilizar para evaluar estos aspectos deber ser objetivo, por lo que si el agresor evalúa incorrectamente la necesidad racional de su defensa tendrá lugar una legítima defensa putativa^[2171]. Además de objetivo, la perspectiva empleada debe ser *ex ante*, por lo que el juez debe ponerse en la situación del agredido al momento de la inminencia, iniciación o continuación de la agresión^[2172]. Por esta razón, la determinación objetiva de la necesidad racional de la defensa debe tener en cuenta la situación en la que se encontraba el autor al momento de la agresión y no partir de un análisis frío sin ningún tipo de condicionante circunstancial.

Un aspecto que debe quedar claramente definido es que la racionalidad de la defensa no debe entenderse como una relación de proporcionalidad entre los daños o los medios empleados por el agresor y los del que se defiende^[2173], sino que la racionalidad del medio impone la elección del

[2168] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.º 30; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.º 41. En la doctrina nacional, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 167.

[2169] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.º 1425 y ss.; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 54 y ss.; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 100 y ss.

[2170] Vid., PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 51.

[2171] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.º 45; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 308 y s.

[2172] En el mismo sentido, PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 49.

[2173] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.º 46; MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/67; BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 23, mayo de 2011, p. 56 y s.

LA ANTIJURIDICIDAD

medio idóneo menos lesivo de los que se disponen en ese momento para evitar que se materialice o continúe la agresión ilegítima. En este sentido, la reforma del Código penal operada por la Ley 27936 se ha encargado de precisar que la necesidad racional del medio empleado no implica una proporcionalidad del medio empleado respecto de los utilizados para la agresión^[2174].

C. ¿Restricciones ético-sociales a la legítima defensa?

Se ha dicho que una de las alternativas de la defensa necesaria no puede ser la posibilidad de huir del agresor, pues se les estaría dando a los camorristas y matones el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de los sitios en los que quisieran imponer su dominio^[2175]. Desde la perspectiva del agredido, aceptar esta exigencia de huir o evadir la agresión significaría exigirle una renuncia a su libertad por pura voluntad de otro, lo que no parece conciliable con un Estado que reconoce un derecho de igual libertad para todos los ciudadanos^[2176]. Un sector de la doctrina penal sostiene, sin embargo, que la afirmación precedente no tiene un carácter absoluto, sino que es posible sustentar el deber de eludir o soportar la agresión en ciertas consideraciones axiológicas que hacen inmerecida la justificación de la defensa necesaria^[2177]. En concreto, se menciona como casos en los que caben restricciones ético-sociales a la legítima defensa, la agresión no culpable, la agresión provocada antijurídicamente, la agresión irrelevante y la agresión enmarcada en relaciones de garantía.

Los supuestos antes mencionados no son, en el fondo, límites de carácter ético-social, sino que pueden explicarse perfectamente en función de los elementos constitutivos de la legítima defensa. Por ejemplo, la agresión realizada por inimputables no debe tratarse como un caso de legítima defensa, sino de estado de necesidad defensivo, por lo que debe informarse de ciertas consideraciones utilitaristas que restringen la defensa necesaria^[2178]. En el caso de la agresión provocada antijurídicamente ya se ha señalado que es una condición para que tenga lugar una situación

^[2174] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 543; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 172 y ss.

^[2175] Así, correctamente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 47; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 36; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 544.

^[2176] Similarmente, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 11.

^[2177] Vid., por todos, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 15, n.m. 51 y ss.

^[2178] Vid., con mayores referencias, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m.19 y ss.

de legítima defensa, pues si la agresión fue provocada previamente por el agredido, entonces la competencia por el conflicto recae sobre este último. En relación con la agresión irrelevante se ha dicho que es dudoso si puede calificarse jurídicamente de agresión a una que es irrelevante^[2179]. Pero, aun en el caso de que se entienda que es una agresión, debe tenerse en cuenta que el agredido que se defiende legítimamente es también un ciudadano y, por lo tanto, se encuentra obligado a una solidaridad mínima con el agresor. El deber institucional de la solidaridad mínima obliga al agredido a renunciar a bienes sustituibles o de valor insignificante^[2180]. Lo mismo sucede en el caso de agresiones que se enmarcan en relaciones de garantía, en concreto, por una estrecha vinculación familiar. La racionalidad del medio de defensa se modula en estos casos por el deber positivo de protección que existe entre personas estrechamente emparentadas, como es el caso de los esposos o de los padres con respecto a los hijos menores de edad^[2181]. En este orden de ideas, por ejemplo, la agresión proveniente de la esposa surgida en una discusión marital impondría al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima e incluso en algunos casos el deber de tolerar menoscabos leves antes de lesionar bienes existenciales del agresor^[2182].

D. La legítima defensa imperfecta

Una situación de legítima defensa perfecta tiene lugar cuando se cumple con los tres requisitos brevemente expuestos. La consecuencia jurídica de una situación de legítima defensa es la falta de antijuridicidad del hecho y, por tanto, la no imposición de una sanción penal. Sin embargo, puede ser que no se presente una situación de legítima defensa perfecta, en cuyo caso solamente podrá atenuarse la pena tal como lo dispone el artículo 21 del CP^[2183]. Se trata de las llamadas eximentes imperfectas en donde si bien no concurren todos los requisitos necesarios para hacer desaparecer completamente la responsabilidad penal, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena en razón de una situación cercana a la legítima defensa.

[2179] Así, PERDOMO TORRES, *InDret* 1/2008, p. 16.

[2180] Vid., en este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 47.

[2181] En este sentido, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 57; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 324 y s. De otro parecer, VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 24, junio de 2011, p. 108.

[2182] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 12, n.m. 58.

[2183] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 547.

En este punto, cabe hacer la precisión de que la aplicación de la figura de la eximente incompleta requiere la presencia de cierta base mínima de situación de necesidad. En este sentido, es necesario que exista una agresión, o una apariencia de agresión imputable al agresor, y que se presente una necesidad, cuando menos abstracta, de defensa, pues, de no ser así, no será posible ni siquiera aplicar la eximente incompleta^[2184].

En cuanto al alcance de la atenuación de la pena, el artículo 21 del CP dispone que, en caso de darse una eximente incompleta, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Al respecto, debe tenerse presente que el Pleno Jurisdiccional de 1999 dispuso, en la primera conclusión del tema 4, que la configuración de una eximente incompleta determina la aplicación obligatoria de la atenuación, operando la disminución desde el mínimo hacia abajo^[2185]. En consecuencia, el mínimo legal se convierte en el marco penal abstracto máximo de la pena aplicable al delito cometido en una situación de eximente incompleta.

2. El estado de necesidad justificante

A. Delimitación

Nuestro Código penal sigue la llamada tesis de la diferenciación y regula, por tanto, de manera distinta el estado de necesidad en el que se preserva un bien jurídico predominante al dañado (artículo 20 inciso 4) y el estado de necesidad en el que se preserva la vida, la integridad física o la libertad (artículo 20 inciso 5)^[2186]. Para explicar esta regulación diferenciada, la doctrina penal recurre a la distinta ubicación sistemática de ambos supuestos de necesidad en la estructura del delito: Mientras el primer estado de necesidad excluiría la antijuridicidad (estado de necesidad justificante), el segundo estado de necesidad haría lo propio con la culpabilidad (estado de necesidad exculpante)^[2187]. A partir de esta distinción sistemática, sólo

^[2184] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L16/62; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 306 y s.; PEREZ LÓPEZ/SANTILLÁN LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 53.

^[2185] Vid., la referencia, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 547.

^[2186] Vid., así, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 694.

^[2187] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 551. Igualmente la exposición de motivos del Código Penal hace esta diferenciación sistemática de ambos supuestos del estado de necesidad.

el estado de necesidad justificante constituirá, en sentido estricto, una causa de justificación, quedando la figura del estado de necesidad exculpante relegada al ámbito de la culpabilidad como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Aquí nos vamos a limitar, por tanto, al llamado estado de necesidad justificante.

Dentro del estado de necesidad justificante se suelen distinguir los casos del estado de necesidad agresivo y del estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad es agresivo cuando la acción realizada para eludir el peligro que se cierne sobre el sujeto, recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro. En cambio, el estado de necesidad es defensivo cuando la acción realizada para eludir el peligro, recae sobre el que crea de forma penalmente no responsable ese peligro^[2188]. En ambos casos, si se respetan las exigencias de proporcionalidad, podrá afirmarse la concurrencia de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, una apreciación detenida de la estructura de descargo del estado de necesidad defensivo conduce, más bien, a una conclusión distinta. El estado de necesidad defensivo no está emparentado realmente con el estado de necesidad^[2189], sino que comparte, más bien, la estructura de la legítima defensa^[2190]. Ya que el que crea la situación de peligro ha realizado un acto de organización, éste resulta competente por el peligro generado aun cuando no sea penalmente responsable por ello y, en consecuencia, se le atribuye el deber de eliminarlo, de asumir los costes de los daños que produzca o, en caso necesario, de soportar la eliminación del peligro por parte del afectado^[2191].

El emparentamiento del estado de necesidad defensivo con la legítima defensa llevaría a la conclusión de que la acción de alejamiento de la situación de peligro tendría que limitarse únicamente por la necesidad

[2188] Vid., COCA VILA, *InDret* 1/2011, p. 4 y ss., en el que expone esquemáticamente los posibles criterios para determinar cuándo se está ante un estado de necesidad defensivo (el vínculo fáctico con la creación de la situación de peligro, la cuasi-responsabilidad del que genera el peligro y la imputación objetiva del peligro a un comportamiento organizador).

[2189] Sobre la disputa de si el estado de necesidad defensivo se ajusta a los principios generales del estado de necesidad agresivo (sobre todo la preponderancia de intereses), vid., PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 132 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

[2190] En el mismo sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264 (rescatando en la p. 271 la denominación de pequeña legítima defensa utilizada por von Buri y Löffler); *Et. Mismo*, *Notwehrrecht*, p. 48 y s.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 148.

[2191] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 47.

racional de la defensa al igual que en la legítima defensa. Sin embargo, la conducta del "agresor" en un estado de necesidad defensivo no constituye un desconocimiento abierto de las relaciones de mutuo reconocimiento, de manera tal que este supuesto de justificación no debe ordenarse únicamente en función del criterio de la normatividad pura^[2192]. La defensa debe ser sometida también a un criterio de valoración de carácter utilitarista, por lo que no se le podrá atribuir un efecto justificante a la defensa que resulte desproporcionada^[2193]. En nuestra legislación penal no existe una regulación expresa del estado de necesidad defensivo, tal como lo indica ARMAZA GALDÓS, por lo que consecuentemente propone una modificación a la normativa de la legítima defensa para abarcar estos supuestos^[2194]. En nuestra opinión, si bien sería deseable una regulación expresa del estado de necesidad defensivo, esta situación no impide la configuración de una atenuante analógica en la que se mezclen el aspecto de la normatividad pura de la legítima defensa con las consideraciones utilitaristas del estado de necesidad justificante.

Como consecuencia de lo anteriormente señalado, puede afirmarse que el estado de necesidad justificante se presenta propiamente en el llamado estado de necesidad agresivo. Se trata, por tanto, de una situación de necesidad por la que ni el agresor, ni el agredido resultan competentes y frente a la cual tampoco les corresponde un deber de soportar el peligro^[2195]. Sin embargo, la preponderancia del bien jurídico preservado le impone al afectado el deber de tolerar la agresión en situación de peligro. Es una competencia de carácter institucional que se sustenta específicamente en la solidaridad, la que le impone a la persona agredida un deber de soportar la acción salvadora a favor de quien está en situación de peligro de afectación de bienes jurídicos más preponderantes.

^[2192] Vid., en este sentido, JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 202.

^[2193] Vid., JAKOBS, *RPDJP* 4 (2003), p. 203. Similarmente, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 239 y ss.; COGA VILA, *InDret* 1/2011, p. 30.

^[2194] ARMAZA GALDÓS, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, p. 329 y s. Afirma igualmente la ausencia de regulación en el Derecho Penal Peruano, MOMETHIANO SANTIAGO, LH-Zaffaroni, *Mendoza/Armaza/Urquiza* (coord.), p. 133.

^[2195] Vid., en este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 127 y s., a lo que llama situación básica del estado de necesidad justificante. Sobre la necesidad de una mayor relevancia del bien jurídico preservado para justificar un estado de necesidad agresivo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 25; SILVA SÁNCHEZ, en *Cuestiones actuales*, p. 157.

B. Requisitos

Los requisitos del estado de necesidad justificante se desprenden de lo establecido en el artículo 20 inciso 4 del CP. Si bien se mencionan solamente dos requisitos, lo cierto es que de la redacción del dispositivo penal se derivan otros requisitos adicionales.

a. Situación de peligro

El primer requisito para un estado de necesidad es la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. El peligro puede ser de distinta procedencia, por lo que la fuente puede ser la naturaleza o el comportamiento incorrecto de otro^[2196]. La doctrina penal es unánime al aceptar que los bienes susceptibles de estado de necesidad no son solamente los personalísimos, sino también aquéllos de carácter patrimonial o económico como, por ejemplo, la conservación de la plaza de trabajo^[2197]. Si bien la regulación positiva menciona expresamente bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal o la libertad, indica también expresamente que la situación de peligro puede recaer sobre otro bien jurídico, lo que abre este requisito del estado de necesidad justificante a cualquier otro bien jurídico^[2198]. Incluso, tal como lo indica ROXIN, también podrían ser susceptibles de un estado de necesidad los bienes de la comunidad (bienes jurídicos colectivos), aunque reconoce que en la práctica esta situación solamente se presentará en raras ocasiones, pues en estos casos por lo general es posible hacer frente al peligro de un modo distinto (p.e. llamando a la autoridad)^[2199].

La situación de peligro para los bienes jurídicos puede ser tanto para bienes jurídicos propios como ajenos^[2200]. Así se desprende del propio tex-

[2196] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 14; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 16.

[2197] En este sentido, TIEDemann, *Lecciones*, p. 189; EL MISMO, *Einführung*, p. 99; DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 18; EL MISMO, en *Hacia un Derecho penal*, p. 554. Debe precisarse, sin embargo, que no cualquier daño patrimonial puede legitimar un estado de necesidad. Siguiendo a PAWLIK, *Der rechtsfertige Notstand*, p. 163 y ss., cabe señalar que debe tratarse de la amenaza de una pérdida patrimonial con una considerable influencia en la conducción de vida del afectado.

[2198] Vid., VILLAVIGENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 552; VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.

[2199] ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 10. En la doctrina nacional, admite un estado de necesidad justificante en bienes jurídico colectivos, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 41.

[2200] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 9.

to legal en donde se indica que el estado de necesidad procede para conjurar peligros "sobre si o de otro"^[2201]. En el caso del estado de necesidad justificante respecto de bienes jurídicos de terceros (auxilio necesario) se ha discutido si debe contarse con el consentimiento del beneficiado por la acción de salvamento. Ante esta cuestión cabe decir primeramente que no existe un deber del auxiliante a solicitar el consentimiento del auxiliado, ni siquiera en los casos en los que sea posible hacerlo, pues se pondría en tela de juicio la autonomía sistemática y justificativa del estado de necesidad^[2202]. La situación se torna problemática en los casos en los que el auxiliado pone de manifiesto de forma clara su voluntad de no ser auxiliado, pues en este escenario entra a tallar el principio de autodefinition de los intereses propios^[2203]. Por ejemplo, una persona que deja conscientemente un objeto de gran valor expuesto a las inclemencias del tiempo, y en un día de lluvia el vecino procede a protegerlo utilizando un bien de menor valor de otra persona. En estos casos y siempre en atención a la autodefinition de los intereses propios no cabría un estado de necesidad siempre que se trate de bienes de libre disposición. Si los bienes son, por el contrario, indisponibles, el consentimiento no tendrá ningún efecto justificante, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 20 inciso 10 del CP, en donde se dispone que el consentimiento sólo resulta válido respecto de bienes de libre disposición.

De acuerdo con lo establecido en el Código penal, el peligro que acecha al bien jurídico debe ser actual^[2204], lo que significa que solamente cabrá admitir una situación de peligro cuando existe un peligro concreto de afectación del bien jurídico^[2205]. La actualidad del peligro, sin embargo, no significa la inminencia de la lesión^[2206], en la medida que basta la probabilidad de que el riesgo se materialice aunque dicha materialización no sea próxima en el tiempo (por ejemplo, la amenaza de golpear a alguien si se le encuentra por la calle). Queda claro que mientras menos inminente sea un peligro actual, mayores serán las posibilidades de recurrir a otros medios

^[2201] Vid., VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 698.

^[2202] Vid., así, con amplias referencias, PAWLIK, *Der rechtsfertige Notstand*, p. 238 y s.

^[2203] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.192 y ss.

^[2204] PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 40.

^[2205] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 12, precisando que el peligro es sólo relevante si sobrepasa el riesgo vital general.

^[2206] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 17.

menos lesivos para conjurar el peligro, pero esta situación no afecta el requisito de la actualidad del peligro, sino, en todo caso, la necesidad de realizar la afectación de bienes jurídicos ajenos. En el caso del llamado peligro permanente (por ejemplo, un edificio en ruinas que amenaza caer encima de los habitantes del predio vecino) tampoco hay mayores objeciones para admitirlo como un supuesto de peligro actual, pues en cualquier momento puede desembocar en un daño^[2207].

Para establecer la existencia del peligro, la doctrina penal recurre a un juicio de peligrosidad *ex ante* (antes del hecho)^[2208]. Esta afirmación sería completamente correcta si bastase un peligro abstracto para admitir un estado de necesidad; lo cual, tal como lo hemos indicado, resulta insuficiente. La existencia de un peligro concreto requiere un juicio *ex post* en el que se acredite que realmente existió un peligro para un bien jurídico, aunque dicho peligro no se materializó precisamente gracias a la conducta de quien actuó para preservar el bien jurídico puesto en peligro. La creencia errónea de estar ante un peligro efectivo, no siendo así desde una perspectiva *ex post*, dará lugar a una situación de error que deberá tratarse con las reglas desarrolladas al respecto^[2209]. Por un argumento *a maiore ad minus*, cabrá igualmente un estado de necesidad en caso que exista no un peligro, sino una situación de lesión permanente del bien jurídico que pueda revertirse con una conducta lesiva de otros bienes jurídicos.

b. La necesidad de la defensa

En los estudios especializados se ha establecido que en el estado de necesidad la acción dirigida a alejar el peligro debe ser necesaria^[2210]. Esta exigencia encuentra su respaldo legal en el artículo 20 inciso 4 del CP cuando señala que el peligro “no pueda superarse de otro modo”^[2211]. La necesidad del alejamiento del peligro no debe entenderse como ausencia de otras alternativas de solución del conflicto, sino como la elección de una alterna-

[2207] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 18; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1468; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 41.

[2208] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 12; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m.13; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.124; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 40.

[2209] De manera similar, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, PG, p. 781.

[2210] Vid., RUDOLPHI, *GS-Armin Kaufmann*, p. 389; FRISTER, *GA* 1988, p. 291.

[2211] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 553.

tiva de acción idónea para mantener el bien amenazado y, a la vez, la más moderada sobre el interés afectado, por lo que se dice que este requisito es el correlativo al de racionalidad de la defensa en el caso de la legítima defensa^[2212]. Sin embargo, debe quedar claro que en el estado necesidad, a diferencia de la legítima defensa, rige la cláusula de subsidiariedad^[2213]. En consecuencia, en si en una situación de peligro resulta posible eludir la fuente de peligro sin poner en riesgo bienes propios o ajenos, entonces al que se encuentra en peligro le corresponderá un deber de elusión, situación que no sucede en el caso de una legítima defensa^[2214].

Para determinar la idoneidad de la alternativa de acción resulta necesario tener como referencia el resultado de alejamiento del peligro^[2215], lo cual debe evaluarse desde la perspectiva de un espectador objetivo *ex ante facto*^[2216]. En este orden de ideas, debe quedar claro que no resulta necesario que efectivamente se logre preservar el bien jurídico amenazado, sino que basta que la alternativa de acción se haya mostrado *ex ante* como objetivamente idónea para salir de la situación de peligro. Por lo tanto, el hecho de que el herido que es llevado en auto al hospital por una persona que conduce en estado de ebriedad muera en el camino (siempre que no hubiese otra persona disponible capaz de manejar el automóvil), no excluye la idoneidad del medio empleado para evitar que el peligro de muerte se materialice^[2217].

c. La preponderancia del interés protegido

Otro de los requisitos esenciales del estado de necesidad es la preponderancia del interés protegido, tal como se desprende del artículo 20, inciso 4, literal a) del CP. Para determinar el nivel de preponderancia del bien jurídico preservado respecto del sacrificado, resulta pertinente recurrir a la distinción entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo. En el primero, la preservación del bien jurídico en situación de peligro se justifica frente a bienes jurídicos de inferior o igual jerarquía, en la medida que, si bien el "agresor" no se ha organizado responsablemente,

^[2212] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 16.

^[2213] Vid., así, ARMAZA GALDÓS, en *Anuario de Derecho Penal* 2003, p. 310.

^[2214] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 151.

^[2215] Vid., en este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 237 y s.

^[2216] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p. 149.

^[2217] Similarmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 19.

tiene una competencia preferente que se sustenta en el hecho de que el riesgo sale de su esfera de organización^[2218]. Por el contrario, la completa ajenidad del tercero afectado por el ejercicio de un estado de necesidad agresivo hace que la acción de preservación en estos casos solamente alcance justificación cuando se preserve un bien jurídico relevantemente preponderante^[2219].

En cuanto a cómo debe llevarse a cabo el juicio de preponderancia, cabe señalar que, en este punto, existe una fuerte disputa doctrinal, pues mientras unos consideran necesario una ponderación global de los intereses^[2220], otros entienden que este requisito debe reducirse a la consideración de los bienes jurídicos en conflicto^[2221]. A nuestro entender, resulta atendible la segunda propuesta de interpretación, en la medida que evita el peligro de una doble valoración de los criterios de determinación de la situación de necesidad al que está expuesto el criterio de la ponderación global de intereses^[2222]. En consecuencia, la preponderancia de lo preservado frente a lo sacrificado debe establecerse con base en la comparación de los concretos bienes jurídicos en conflicto.

El juicio de preponderancia de los bienes jurídicos en conflicto no se reduce a una simple comparación abstracta de los bienes jurídicos^[2223], sino que, tal como lo establece expresamente la regulación penal, se requiere tener en cuenta también la intensidad del peligro que los amenaza^[2224]. Para determinar la mayor jerarquía del bien jurídico preservado se parte inicialmente de los marcos penales abstractos de las conductas punibles que afectan los bienes en conflicto^[2225]. Este procedimiento es poco idóneo.

[2218] Vid., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.171.

[2219] Así, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, p.170. De notablemente positivo habla JAKOBS, *Derecho Penal*, Apdo 13, n.m. 33, como resultado del balance.

[2220] En esta línea, con diferentes matices, LENCKNER, *Notstand*, p. 120 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 22; BERNAL DEL CASTILLO, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 91 y s.

[2221] Así, RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 74 y s.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 273 y ss., mediante una separación de los puntos de vista: referido a la competencia y referido a los bienes jurídicos.

[2222] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 271.

[2223] Críticamente ante una simple comparación abstracta, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 699.

[2224] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1480.

[2225] Expresan ciertas reticencias a este criterio, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1479.

en nuestra legislación penal, pues por finalidades, muchas veces irrazonables, de política criminal las penas previstas para afectaciones a bienes de inferior jerarquía terminan siendo muy superiores a las previstas para afectaciones de bienes jurídicos de mayor jerarquía. Basta comparar, por ejemplo, el marco penal abstracto del delito de homicidio simple con el previsto para los casos de robo agravado o de secuestro. Por esta razón, conviene recurrir a criterios materiales de jerarquización de los bienes jurídicos, como los indicados por ROXIN. Dentro de estos criterios de jerarquización cabe mencionar los siguientes: Las cuestiones de orden general ceden ante bienes jurídicos individuales, los valores de la personalidad tienen preferencia respecto de los bienes patrimoniales y la vida o la integridad física constituyen intereses superiores frente a otros bienes individuales como la libertad o el honor^[2226].

Los criterios precedentes no son, sin embargo, absolutos, pues el juicio de preponderancia debe tener en cuenta también la intensidad de los peligros que amenazan los bienes jurídicos en conflicto. Este criterio resulta útil en el caso de bienes jurídicos que en abstracto no presentan mayores diferencias, pues la ponderación de la afectación concreta permitiría decidir si el bien preservado resulta en concreto más preponderante que el afectado^[2227]. Pero esta ponderación concreta puede ser también de utilidad en casos en los que el bien jurídico afectado es abstractamente más importante, si es que constituye una perturbación mínima frente a la grave afectación que se evitaría del bien jurídico preservado abstractamente menos importante. Así, por ejemplo, una afectación insignificante de la libertad personal podría estar justificada si con ello se impide, por ejemplo, una afectación patrimonial muy elevada^[2228]. De lo que se trata es de ponderar los bienes jurídicos en conflicto no sólo en un plano abstracto, sino también desde una consideración concreta.

d. La cláusula de adecuación

El estado de necesidad requiere, por último, que se ajuste a la llamada cláusula de adecuación, es decir, que se emplee un medio adecuado para alejar el peligro tal como lo establece el artículo 20 inciso 4 literal b) del

^[2226] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 25.

^[2227] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 28.

^[2228] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.28; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 26.

CP^[2229]. En una línea de interpretación coherente consigo misma, los defensores de la ponderación global de los intereses le niegan a esta cláusula autonomía funcional, reduciendo su tarea a una cláusula de control o a un criterio adicional a tener en cuenta en el proceso de ponderación^[2230]. Otro sector doctrinal considera que la ponderación global de intereses no impide que la cláusula de adecuación asuma una función autónoma, concretamente, un segundo nivel de valoración que determina si la ponderación global resulta correcta^[2231]. Finalmente, cabe mencionar el parecer doctrinal que atribuye a la cláusula de adecuación la función de límite absoluto a la ponderación o cálculo de beneficio^[2232]. Desde nuestra comprensión del estado de necesidad, esta tercera propuesta de interpretación de la cláusula de adecuación nos parece la más conveniente, pues parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega la legitimidad de los actos que producen una considerable pérdida de su libertad^[2233]. En este sentido, una conducta que busca eliminar o paliar una situación de necesidad no podrá aceptarse si, por su afectación esencial a la dignidad humana, corre el peligro de generalizarse socialmente y eliminar las condiciones mínimas de convivencia.

A partir de la cláusula de adecuación, se niega el carácter de un estado de necesidad justificante a los actos de preservación de un bien jurídico preponderante si es no se respecta el contenido esencial de la autonomía y la dignidad de la persona humana o se trata de supuestos cuya aceptación llevarían a una situación de violencia estructural. Así, por ejemplo, no puede considerarse una conducta justificada la extracción forzosa de un órgano para salvar la vida de una persona, apropiarse de un paraguas para impedir que se dañe un abrigo de visón o proceder a traficar droga para someter a un familiar enfermo a una operación necesaria para preservar o, en todo caso, aumentar sus expectativas de vida.

^[2229] Vid., DANNECKER, *Revista penal* 3 (1999), p. 19.

^[2230] Vid., en este sentido, SCHRÖDER, *FS-Eb. Schmidt*, p. 293; LENCKNER, *Notstand*, pp. 70 y ss., 123 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 85. En la doctrina nacional, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 703, considera incluso que la cláusula de adecuación deviene en vacía de contenido.

^[2231] Vid., en este sentido, JESCHECK/WRIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 363 y s.

^[2232] Vid., con distintos matices, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 36; RENZIKOWSKI, *Notstand*, p. 204 y s.; LESCH, *Notwehrrecht*, p. 54, nota 31; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 255 y ss.

^[2233] Vid., así, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, p. 257.

C. La provocación de la situación de necesidad

En el Código penal no se establece expresamente el requisito de una falta de provocación de la situación de necesidad, como sucede con la legítima defensa. Sin embargo, algunos podrían seguir el aforismo formulado por BINDING de que "quien se ha puesto en peligro que perezca el mismo"^[2234], de manera tal que no cabría alegar un estado de necesidad justificante por parte de quien ha provocado su propia situación de necesidad. La competencia por la situación de conflicto de los bienes jurídicos recaería sobre quien ha provocado dicha situación a través de un comportamiento responsable precedente. Sobre la base de estas ideas, por ejemplo, si el montañista sube a la montaña pese a serle conocidas las advertencias del mal tiempo, no podrá alegar luego un estado de necesidad justificante al momento de romper la puerta de una cabaña para entrar y guarecerse.

La doctrina penal no coincide con el parecer anterior, por lo que una situación de necesidad se apreciará aun cuando el titular del bien preservado haya creado la situación de riesgo para sus bienes jurídicos. En consecuencia, se puede afirmar un estado de necesidad en casos como el del montañista antes graficado o del suicida que se tira al mar y luego se arrepiente e intenta subir a un barco privado, o del que causa un accidente y huye del lugar para no ser linchado^[2235]. La situación podría cambiar, sin embargo, si una persona se pone intencionalmente en situación de necesidad con la finalidad de lesionar un bien jurídico ajeno y eludir la responsabilidad penal alegando una situación de necesidad^[2236]. En este caso, su actuación no estará justificada, aun cuando sus intereses sean preponderantemente superiores a los sacrificados. La competencia por la situación de conflicto la mantiene el que se ha puesto en situación de peligro, por lo que no pesará sobre terceros un deber institucional de soportar el sacrificio de sus bienes jurídicos.

D. El deber de soportar el peligro por deberes especiales

Si bien la regulación legal del estado de necesidad justificante no impone expresamente, a diferencia del estado de necesidad exculpante, un deber de soportar el peligro cuando se está en cierta posición especial (como es el

^[2234] BINDING, *Handbuch*, I, p. 778.

^[2235] Vid., en este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 51.

^[2236] Igualmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 52. Extiende esta posibilidad a los supuestos imprudentes con base en un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L17/79.

caso del bombero, el policía, etc.), la doctrina penal es unánime al reconocer que este deber existe igualmente en el estado de necesidad justificante, por lo que los obligados especiales no podrán alegar un estado de necesidad justificante para evadir el cumplimiento de su función^[2237]. Sin embargo, debe hacerse la precisión de que las posiciones especiales establecen un deber de soportar el peligro, pero no un deber de sacrificarse, por lo que si se cuenta con una certeza o alta probabilidad de lesión, la alegación de un estado de necesidad resultará perfectamente posible en estos casos^[2238].

3. Los actos permitidos por el ordenamiento

A. Fundamento y sistemática

Por razones de seguridad jurídica no podría resultar punible una conducta que el ordenamiento jurídico autoriza^[2239]. La exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico explica la existencia de la causa de justificación de "actuar por disposición de la ley"^[2240]. Sin embargo, no deben confundirse estos casos con aquéllos en los que, desde un principio, no se genera un riesgo penalmente prohibido, pues en estos últimos no hay una conducta típica justificada por razones excepcionales, sino la ausencia general de base suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta. Si bien no hay una diferencia cualitativa entre ambos supuestos, pues al final de lo que se trata es de lo mismo (determinar si existe un injusto penal), resulta posible una exposición diferenciada como pasos de un mismo proceso de imputación^[2241]. La única particularidad de las causas de justificación se

^[2237] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m.55; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 13, n.m. 28.

^[2238] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 16, n.m. 55. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L.17/87, habla de límites al deber de sacrificio derivados del alcance que le confieran las normas jurídicas y lo exigible a cada función. Igualmente en este último aspecto, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 13, julio 2010, p. 43.

^[2239] El hecho que el artículo 20 inciso 8 del CP utilice el término "ley", no debe reducir la interpretación a la ley formal, sino que debe entenderse en el sentido amplio de ordenamiento jurídico. Vid., así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1519.

^[2240] Además de la congruencia del sistema jurídico, NAKASAKI SERVICIÓN, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.); artículo 20, p. 776, incluye el prevailecimiento del orden legal y la ponderación de deberes. Similarmente, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 58 y s.

^[2241] Distingue en esta línea el nivel de la tipicidad y la antijuricidad en los actos por disposición de la ley, NAKASAKI SERVICIÓN, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 774. Por el contrario, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 57, considera que el actuar por disposición de la ley es siempre una causa de atipicidad.

encuentra en que su contexto de análisis se hace en el marco de una situación especial de conflicto. En el caso concreto de los actos permitidos por la ley, el ordenamiento jurídico autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros.

Los actos permitidos por la ley se encuentran previstos en el artículo 20 inciso 8 del CP. Las razones por las que el ordenamiento jurídico autoriza una conducta lesiva de otros intereses, pueden ser muy diversas. Puede ser que el acto dispuesto por la ley se sustente en un interés público predominante sobre los intereses particulares afectados o puede que se le otorgue a un privado la posibilidad de proteger intereses valiosos frente a ciertos casos de injerencia de terceros. En este sentido, pueden incluirse dentro de la causa de justificación de los actos permitidos por el ordenamiento jurídico supuestos muy diversos. Siguiendo el tenor del artículo 20 inciso 8 del CP, la estructura general de los actos permitidos por la ley que tienen virtualidad justificante, puede expresarse en la forma de derecho (como ejercicio regular de un derecho), potestad (como actos propios de un cargo u oficio) o deber (como cumplimiento de un deber)^[2242].

B. Supuestos de actos permitidos por la ley

a. *Ejercicio regular de un derecho*

El ordenamiento jurídico puede otorgar excepcionalmente a los particulares ciertos derechos, cuyo ejercicio regular puede implicar la afectación de otros derechos o intereses de terceros^[2243]. Si el titular del derecho se ha mantenido dentro del ámbito regular del ejercicio del derecho otorgado, el hecho lesivo producido no le podrá ser imputado penalmente. En consecuencia, la justificación por el ejercicio regular de un derecho presupone una situación especial de conflicto^[2244], en el que el autor del hecho pierde competencia penal por los efectos lesivos de su actuación. Hay que destacar que muchas veces el derecho especial reconocido por el ordenamiento jurídico constituye una simplificación legal de una situación de necesidad o la aceptación de una figura muy similar, por lo que no se trata del ejercicio regular de cualquier derecho reconocido por el ordenamiento jurídico a los ciudadanos, sino de supuestos excepcionales

^[2242] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, I, PG, § 13, n.m. 1519.

^[2243] Vid., HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1530.

^[2244] Vid., REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 790.

en los que el Estado autoriza, por otras buenas razones, una conducta socialmente desvalorada.

Como ejemplo de un supuesto de ejercicio regular de un derecho podría destacarse el caso de los derechos de defensa posesoria y de retención que el Código Civil prevé en sus artículos 920 y 1123 respectivamente. En efecto, en estos casos, el ordenamiento jurídico autoriza al particular a utilizar excepcionalmente, y siempre bajo determinados límites, vías de hecho para la preservación de sus intereses patrimoniales^[2245]. Por ejemplo, en cuanto a la defensa posesoria, la legislación civil autoriza al poseedor a 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. Si bien algunos casos de la defensa posesoria podrían justificarse con las reglas generales de la legítima defensa, la justificación con esta causa de justificación no alcanzaría a la posibilidad de recobrar el bien. La necesidad de garantizar una confianza mínima en el respeto de los derechos patrimoniales fundamenta esta facultad excepcional otorgada por la ley civil al poseedor de un bien mueble que se extiende incluso a supuestos en los que no hay actualidad de la agresión.

La perspectiva del ejercicio legítimo de un derecho es utilizada también para solucionar la eventual situación de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. En efecto, conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2006, el derecho de información y de expresión pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no– de las aludidas expresiones. En el referido acuerdo plenario se procede a precisar cada uno de estos aspectos para poder afirmar que el ejercicio del derecho de información o expresión fue regular y, por lo tanto, justificado en relación con la posible afectación al honor de otra persona.

b. El ejercicio legítimo de un cargo u oficio

Otro supuesto de justificación que se enmarca en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico es el ejercicio legítimo de un cargo u oficio.

^[2245] Vid., sobre el empleo de las vías de hecho, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 793 y s.

Pese a que los términos “cargo” y “oficio” pueden interpretarse en un sentido amplio que abarquen las actividades privadas (ejercicio profesional)^[2246], consideramos que más acorde con el sentido de la justificación sería interpretarlos en relación con el ejercicio de potestades públicas (*Amtrechte*). Esta interpretación restrictiva se sustenta concretamente en el hecho de que el ejercicio de una profesión privada, en la medida que se haga conforme a la normativa y estándares de actuación vigentes, constituirá un caso de conducta penalmente irrelevante, es decir, que ni siquiera podrá afirmarse la creación de un riesgo prohibido^[2247]. Por el contrario, en el ámbito de las actuaciones funcionariales u oficiales se contemplan ciertas autorizaciones excepcionales para intervenir coactivamente en ámbitos de los particulares^[2248], como sería el caso de los magistrados, autoridades administrativas o la policía. Estas conductas podrían encajar normalmente en tipos penales como coacciones, secuestros, allanamiento de morada o lesiones, pero que, por razones de interés público, se consideran excepcionalmente permitidas. Está claro que para que esta causa de justificación tenga efectos eximentes es necesario que se realice dentro de la legalidad y los usos propios de cada cargo u oficio.

c. El cumplimiento de un deber: En especial la colisión de deberes

La justificación en el cumplimiento de deberes se presenta en el caso que dicho cumplimiento traiga necesariamente la afectación de otros bienes jurídicos^[2249]. De conformidad con lo sostenido por un sector de la doctrina penal nacional, el deber debe tener una necesaria fuente legal^[2250]. Mientras el obligado se mantenga dentro de lo que le impone el deber legalmente configurado, su conducta de cumplimiento del deber quedará justificada. Por ejemplo: El deber del funcionario bancario de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera operaciones inusuales o sospechosas que detecte no le generará una responsabilidad penal por delito de violación del secreto profesional o de violación de la intimidad personal, en la medida que se mantenga en lo dispuesto por la normativa de detección del

^[2246] Así lo hace, por ejemplo, REVILLA LLAZA, en *Código penal comentado*, Castillo Alva (coord.), artículo 20, p. 801 y ss.

^[2247] Similarmente, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, § 43, n.m. 727.

^[2248] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 16, n.m. 1.

^[2249] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/16.

^[2250] Así, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 25, julio de 2011, p. 60.

lavado de dinero. Del mismo modo, el testigo que tiene que testificar en un proceso penal no cometerá un delito de difamación si revela que el encausado cometió un delito^[2251].

En relación con la causa de justificación bajo análisis, cabe mencionar el supuesto de justificación incluido en la reforma del Código penal operada con el Decreto Legislativo 982. Mediante esta ley de reforma del Código penal se incorporó una causa específica de exclusión de la responsabilidad penal, conforme a la cual se justifican las lesiones o muertes causadas por las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en cumplimiento de su deber y en uso reglamentario de sus armas (artículo 20 inciso 11 del CP). En nuestra opinión, esta reforma ha sido absolutamente innecesaria, pues la existencia de una causa de justificación general por el cumplimiento de un deber, hace ociosa la previsión de este supuesto específico referido a los militares y policías. A ello hay que agregar que, al parecer por un error de redacción, se le calificó como un supuesto de inimputabilidad, lo que evidentemente no resiste el menor análisis sobre la validez de dicha denominación^[2252].

Un caso especialmente problemático de cumplimiento de un deber es la colisión de deberes. Este supuesto tiene lugar cuando existen dos deberes distintos de actuar, siendo físicamente posible cumplir sólo con uno de ellos^[2253]. El ejemplo típico que se utiliza para graficar esta situación de conflicto es el caso del padre que ve ahogarse a sus dos hijos y solamente puede salvar a uno de ellos. En un principio se consideró que este supuesto era una forma afín al estado de necesidad^[2254], por lo que debería producir el mismo efecto exoneratorio de responsabilidad penal. No obstante, para decidir si esta conclusión resulta correcta, habría que determinar la estructura que presenta la situación de una colisión de deberes justificante, de manera que pueda precisarse si es posible someterla a los parámetros propios del estado de necesidad.

En lo que a la estructura de descargo se refiere, hay que distinguir en la colisión de deberes dos formas de manifestación. En primer lugar, puede

[2251] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1526.

[2252] Por ello, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 14, agosto 2010, p. 27, consideró necesario que el TC declarara la inconstitucionalidad de esta regulación.

[2253] Vid., JAKOBS; *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6.

[2254] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1506.

ser que los deberes en colisión tengan la misma jerarquía, tal como sucede en el caso del padre respecto de dos hijos en situación de peligro o del médico que recibe a dos heridos de muerte no siéndole posible atender a ambos simultáneamente. Aquí no podría recurrirse a la figura del estado de necesidad para resolver la situación de conflicto, pues la elección por salvar a una u otra persona no puede solucionarse con base en la preponderancia de un interés sobre el otro, tal como se procede en el caso de un estado de necesidad. La justificación de la conducta del que cumple con sólo un deber de actuar, tiene que encontrar, por tanto, otro fundamento.

En los casos de colisión de deberes de igual jerarquía hay que partir de la idea de que una conducta solamente puede considerarse antijurídica si existe una alternativa de actuación conforme a Derecho. Por lo tanto, la desaprobación jurídica de una conducta solamente podría admitirse si el autor de la acción u omisión tuvo la posibilidad de realizar una conducta correcta (*ultra posse nemo obligatur*). En este sentido, donde no hay posibilidad de actuar correctamente, sólo cabe censurar al destino y no al ser humano sometido a la situación de conflicto. El que opte por una u otra persona para emprender un curso salvador no puede generarle ningún tipo de responsabilidad, aun cuando se pueda diferenciar los casos (p. e. la edad de los hijos o el policía herido junto con el ladrón herido). No hay preponderancia de un interés sobre el otro, por lo que habrá que someterse a la libre opción del actuante^[2255]. Por estas consideraciones, el fundamento legal del efecto justificante de la colisión de deberes tendrá que encontrarse en el artículo 20 inciso 8 del CP que establece que está exento de responsabilidad "el que obra en cumplimiento de un deber".

En segundo lugar, la colisión de deberes puede presentarse respecto de deberes de actuación que no son equivalentes, en la medida que hay un deber especial de garantía respecto de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Por ejemplo, salvar al propio hijo o salvar al hijo del vecino en un incendio en el que se encuentran ambos. En estos casos, la situación de conflicto se puede resolver perfectamente con los criterios del estado de necesidad justificante, en la medida que se opta por la preservación del interés preponderante. En principio, el interés preponderante será aquel con el que se encuentra especialmente vinculado el actuante. Sin embargo, puede darse la circunstancia especial de que el bien jurídico con el que no está vinculado

[2255] Igualmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 6.

el omitente tenga un mayor valor y sea, por lo tanto, más preponderante, tal como sucedería en el caso de que el actuante tenga que elegir entre salvar a la mascota del vecino que se la encargó o a una persona en un incendio. Queda claro que mucho más relevante es la vida de la otra persona que la mascota encargada^[2256]. Lo mismo podría suceder si las posibilidades de éxito son mucho mayores en el caso del bien jurídico no garantizado, determinando esta situación la preponderancia del bien jurídico con mayores probabilidades de salvación. Por consiguiente, en estos casos el incumplimiento del deber de salvamento solamente quedará justificando si se ha cumplido con el deber más importante. Lo que no podría estar justificado es el incumplimiento del deber de salvación del bien jurídico más preponderante por cumplir con el deber de salvación del bien jurídico de menor jerarquía.

La situación se torna más polémica si el autor está vinculado especialmente con ambos bienes jurídicos en situación de conflicto, pero la vinculación especial tiene un fundamento distinto: Una competencia por organización versus una competencia institucional. Dicho con un ejemplo: El obligado especialmente está en situación de salvar la vida de su propio hijo o la del hijo del vecino, cuyo cuidado le ha sido confiado. La cuestión a resolver es si cabe en este supuesto hacer una distinción normativa de jerarquía entre los deberes en conflicto o si debe tratarse como un supuesto de deberes equivalentes en el que se debe dejar la elección al actuante. A nuestro entender, es posible hacer una jerarquización de los deberes en colisión, para lo cual deberá determinarse si el deber institucional es de tal intensidad que desplaza al deber *qua* organización^[2257]. A esta solución podría reprochársele que el Derecho terminaría ordenando la realización de una conducta injusta o construiría el injusto en una conducta que preserva un bien jurídico. Por ejemplo, si el instructor de natación se percata que uno de sus alumnos y su esposa se están ahogando en el mismo momento, la preferencia de la competencia institucional llevaría a aceptar que el Derecho tendría un mensaje prescriptivo que reza: "*debes dejar morir a tu alumno de natación*". Del mismo modo, si la madre del nadador inexperto induce al esposo a salvar a la esposa, terminaría respondiendo penalmente por la muerte de su hijo, a pesar de que su conducta procuró la salvación de un bien jurídico.

[2256] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 7.

[2257] PAWLIK, *InDret* 1/2008, p. 16, alude a formas de autovinculación más básicas en las competencias institucionales.

La respuesta al planteamiento crítico acabado de esbozar debe partir de la idea de que el comportamiento de una persona puede producir diversas consecuencias, unas positivas y otras negativas. Si el Derecho ordena realizar una conducta por sus consecuencias positivas, no podrá alegarse que el Derecho está ordenando la realización de la conducta también por sus efectos negativos. Sostener lo contrario llevaría a aceptar que la norma secundaria que le ordena al juez imponer al autor de un delito una pena privativa de libertad, le ordenaría al juez también a que deje sin alimentos a la familia a la que el delincuente daba sustento. Del mismo modo, si el Derecho ordena salvar a una persona y el obligado se pone en ese momento a hacer una donación multimillonaria a los niños pobres, esta acción loable no puede convertir en positivo el incumplimiento del deber de auxilio. En consecuencia, asumir que las competencias que se sustentan en instituciones sociales elementales sean preferentes a la competencia general por organización no lleva a prescripciones paradójicas, sino que requiere una correcta comprensión del criterio de valoración de las conductas.

4. Obediencia debida

A. Fundamento

El artículo 20 inciso 9 del CP establece que quedará exento de responsabilidad penal el que actúa por una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones. Queda claro que la ejecución de la orden debe llevar a un hecho antijurídico, pues, de lo contrario, no cabría plantear una situación de justificación en relación con la actuación del subordinado o destinatario de la orden. El punto de discusión no se ubica, por tanto, en la antijuridicidad de la orden o no, sino en la cuestión de la obligatoriedad de una orden injusta. ¿Puede la ejecución de una orden que configura un injusto penal estar justificada porque el ejecutor estaba obligado a cumplirla?

Si se asume plenamente el principio de autoridad, no cabrá margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica^[2258]. De alguna manera se le daría preponderancia al cumplimiento obligatorio de las órdenes de la autoridad por sobre el daño

^[2258] Lo que JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 11, llama la imposición incondicional de la obediencia.

que produciría la ejecución de dicha orden, lo que no parece razonable. Las legislaciones modernas no acogen la incondicionalidad de la obediencia, pues exigen la apariencia de legalidad para concederle obligatoriedad a las órdenes expedidas por la autoridad. En nuestro país, por ejemplo, el artículo 36 inciso 2 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional establece como un derecho del personal policial no obedecer órdenes que constituyan violación de la Constitución, de las leyes o reglamentos. De la misma forma, el artículo 19.8 del Código de Justicia Militar y Policial señala que está exento de responsabilidad penal 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 guerra. La obligatoriedad de la orden se vincula pues con su apariencia de legalidad o juridicidad, de manera tal que a una orden que se muestre abiertamente como injusta no se le debe ningún tipo de obediencia.

El razonamiento precedente lleva a entender que si la obediencia debida se centra en la apariencia de legalidad de una orden que, en realidad, es injusta, entonces se tratará de supuestos de error antes que de justificación. Con esta apreciación habría que estar de acuerdo si el punto de discusión de la obediencia debida residiera en el cumplimiento de una orden antijurídica con apariencia de legalidad. La solución no ofrece mayor dificultad: El ejecutante de la orden actuó bajo la creencia errónea de que realizaba una actuación conforme a Derecho, por lo que será un instrumento en error de la autoridad, la que responderá como autor mediato del delito cometido con la ejecución de la orden.

La solución del error no es satisfactoria, sin embargo, si lo que se discute no es el conocimiento de antijuridicidad de la orden, sino el carácter justificado del cumplimiento obligatorio de una orden injusta. En este sentido, lo que habrá que debatir en la obediencia debida es si puede haber una orden objetivamente injusta que el ejecutante reconoce como tal, pero cuyo cumplimiento obligatorio no resulta siendo antijurídico^[2259]. Un sector de la doctrina entiende que no hay forma de que el cumplimiento de una orden antijurídica pueda ser considerado una causa de justificación, sino que, a lo sumo, podrá calificársele de una causa de disculpa^[2260]. No hacerlo así

^[2259] Niega esta posibilidad UGAZ HEUDEBERT, *La exigencia de obediencia debida*, p. 92.

^[2260] Así, la expone como una causa de inexigibilidad, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 644 y ss. Igualmente HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 13, n.m. 1553, al considerar que lo que hay que determinar es la culpabilidad del subordinado.

llevaría a transformar lo injusto en justo y se limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimiento de la orden pueda ejercer, por su parte, una legítima defensa^[2261].

Al parecer precedente se le objeta que existen casos en los que, pese a que la orden es antijurídica, su cumplimiento se encuentra justificado. La doctrina penal señala que esta situación se da cuando la orden emitida por la autoridad lleva a una infracción menor^[2262]. La razón por la que el cumplimiento de la orden debe prevalecer sobre la lesividad de su ejecución está en el aseguramiento de una base mínima para la obediencia a la autoridad. En efecto, si a las órdenes oficiales se le quita su vinculatoriedad por cualquier defecto o irregularidad acusada por el obligado a cumplirla, se sacrificaría el mínimo esencial del principio de autoridad. Por lo tanto, el cumplimiento de la orden emitida por una autoridad competente será preponderante y, por lo tanto, justificará su obediencia si es que lo que pone en riesgo resulta de escasa gravedad. Por ejemplo: Si un soldado recibe la orden de usar una máquina que no puede controlar, poniendo indebidamente en riesgo la vida o integridad de otras personas, la orden no será obligatoria y, por lo tanto, su cumplimiento no podrá estar justificado. Pero si el uso de la máquina solamente genera riesgos materiales de escasa relevancia, primará el cumplimiento de la orden del superior^[2263].

Resulta pertinente puntualizar antes de concluir este apartado que si el destinatario de la orden, pese a su carácter manifiestamente antijurídico, la cumple por miedo o por otros motivos relevantes (por ejemplo, un castigo con varios días de rigor privado de su libertad), lo único que podría alegarse sería una situación de necesidad o incluso un miedo insuperable, en la medida que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mayor^[2264]. En todo caso, tendrá que hacerse una ponderación de los bienes jurídicos comprometidos para determinar si se dan las condiciones para un estado de necesidad o discutir si se ha presentado una situación de inexigibilidad por miedo insuperable que levante la culpabilidad del autor.

^[2261] Vid., BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, § 21, II, 8a.

^[2262] Similarmente, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 17, n.m. 18. Así, MBINI MÉNDEZ, *Imputación*, p. 129, señala que cuando las consecuencias de la orden ilícita sean graves e irreversibles (muertes, lesiones, etc.), la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública ceden frente a un interés superior.

^[2263] Este ejemplo es de JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 15, n.m. 15.

^[2264] Así, UGAZ HEUDEBERT, *La eximente de obediencia debida*, p. 118.

B. Requisitos

Del propio tenor del artículo 20 inciso 9 del CP se desprenden los aspectos de la orden que deben evaluarse para determinar la obligatoriedad de su cumplimiento. Estos aspectos son: a) que se trate de una orden obligatoria, b) que haya sido expedida por un funcionario competente, y c) que se haya hecho en el ejercicio de sus funciones. Veamos estos aspectos de manera más detenida.

a. Orden obligatoria

Lo primero que se requiere para admitir un supuesto de obediencia debida es una orden. La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Por otro lado, se ha dicho que no se trata de cualquier orden, sino que debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral, no podrán dar lugar a una orden obligatoria. En estos casos, las órdenes de los superiores jerárquicos deberán resolverse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error^[2265].

b. Autoridad competente

La orden obligatoria solamente podrá ser obedecida debidamente si quien la expide es una autoridad competente para dar el tipo de orden que efectivamente se ha dado. Se trata de una competencia abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico^[2266]. No será, por tanto, una orden emitida por autoridad competente el caso en el que el comisario le ordena al subordinado parar una construcción por carecer el constructor de la licencia de obra. La ausencia del requisito de la competencia de la autoridad constituye un defecto esencial para la justificación de la obediencia debida, por lo que no procedería aplicar ni siquiera la regulación de las eximentes incompletas^[2267].

^[2265] Vid., así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/85.

^[2266] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/62.

^[2267] Vid., MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L18/64.