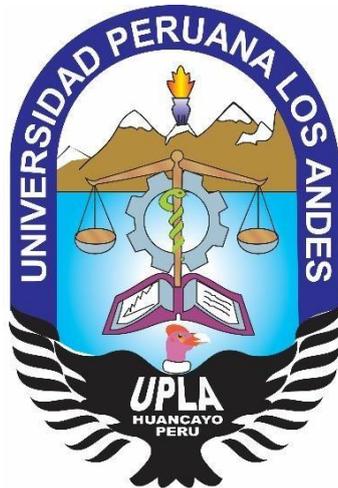


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

Título : LA POSITIVIZACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Para Optar : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor : YERY JONATHAN MENDOZA QUISPE

Asesor : ABOG. GUILLERMO CAPCHA DELGADO

Línea de Investigación Institucional : DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS

Fecha de Inicio y de Culminación : JULIO 2021 A AGOSTO 2022

HUANCAYO – PERÚ

2022

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis padres, que con valentía y amor me siguen dando esos ánimos para seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a la Universidad Peruana Los Andes por su integra formación académica a fin de hacernos no solo excelentes profesionales, sino mejores seres humanos.

Del mismo modo agradecemos a nuestro asesor de tesis el Abog. Guillermo Capcha Delgado que con sus valiosos aportes nos ayudó a perfeccionar esta investigación.

A nuestro amigos y seres queridos que siempre nos dieron su apoyo.

CONTENIDO

DEDICATORIA	¡Error! Marcador no definido.
AGRADECIMIENTO	¡Error! Marcador no definido.
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	12
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2.1. Delimitación espacial	14
1.2.2. Delimitación temporal	14
1.2.3. Delimitación conceptual	14
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.3.1. Problema general	15
1.3.2. Problemas específicos.....	15
1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.5. JUSTIFICACIÓN.....	16
1.5.1. Social	16
1.5.2. Teórica.....	16
1.5.3. Metodológica.....	17
1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.6.1. Objetivo general	17
1.6.2. Objetivos específicos	17
1.7. Importancia de la investigación.....	18

1.8. Limitaciones de la investigación	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	19
2.1.1. Internacionales.....	19
2.1.2. Nacionales.....	27
2.1.3. Locales	30
2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS.....	30
2.3. MARCO CONCEPTUAL.....	73
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	76
3.1. METODOLOGÍA	76
3.2. TIPO DE ESTUDIO.....	77
3.3. NIVEL DE ESTUDIO	77
3.4. DISEÑO DE ESTUDIO.....	77
3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO	78
3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS.....	78
3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA	79
3.8. MAPEAMIENTO	79
3.9. RIGOR CIENTÍFICO	80
3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	80
3.10.1. Técnicas de recolección de datos.....	80
3.10.2. Instrumentos de recolección de datos.....	81
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	82
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	82
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno	82
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos.....	86

4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS.....	89
4.2.1. De las razones de la regulación de las acciones de defensa en contra de las fuentes de peligro que no configuran una agresión ilegítima.	89
4.2.2. De las razones de la positivización del estado de necesidad defensivo.....	91
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	95
PROPUESTA DE MEJORA	101
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES	105
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	106
ANEXOS.....	114
MATRIZ DE CONSISTENCIA	115
INSTRUMENTOS	116
PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS	117
PROCESO DE CODIFICACIÓN	119
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL.....	121
COMPROMISO DE AUTORÍA.....	¡Error! Marcador no definido.

RESUMEN

La presente investigación tiene como **objetivo general** analizar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano, de allí que, nuestra **pregunta general** de investigación sea: ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?; asimismo, la investigación guarda un **método de investigación** de enfoque cualitativo, con un método general denominado la hermenéutica, de igual modo, presenta un tipo de investigación básico o fundamental, con un nivel explicativo y un diseño observacional – teoría fundamentada. Además, la investigación, por su naturaleza expuesta, utilizará la técnica del análisis documental de leyes, códigos y libros de doctrina que serán procesados mediante la argumentación jurídica a través de los instrumentos de recolección de datos como la ficha textual y de resumen que se obtengan de cada libro con información relevante. El **resultado** más destacado de la investigación fue: debe tenerse en cuenta dentro del ejercicio de la función legislativa, la norma penal que se quiere emitir debe de estar acorde a todo el ordenamiento jurídico que la precede a fin de que este en armonía. La **conclusión** más importante fue que: es necesario la positivización del estado de necesidad defensivo dentro de la codificación penal, dada que, la naturaleza jurídica del sistema judicial peruano tiende hacia la positivización y codificación de las instituciones. Finalmente, la **recomendación** más importante fue que: El Poder Judicial fomente el empleo y la utilización del estado de necesidad defensivo de la práctica jurisdiccional, así mismo, establecer una línea jurisprudencial.

Palabras clave: Estado de necesidad defensivo, situación de defensa, acción de defensa, estado de necesidad justificante, causas de justificación.

ABSTRACT

The present research has as a general objective to analyze the way in which the positivization of the state of defensive necessity would influence as a cause of justification in the Peruvian legal system, hence, our general research question is: In what way would the positivization of the state influence of defensive necessity as a cause of justification in the Peruvian legal system?; Likewise, the research maintains a qualitative approach research method, with a general method called hermeneutics, in the same way, it presents a basic or fundamental type of research, with an explanatory level and an observational design - grounded theory. In addition, the investigation, due to its exposed nature, will use the technique of documentary analysis of laws, codes and books of doctrine that will be processed through legal argumentation through data collection instruments such as the textual and summary file obtained. of each book with relevant information. The most outstanding result of the investigation was: it must be taken into account within the exercise of the legislative function, the criminal norm that is to be issued must be in accordance with the entire legal system that precedes it in order to be in harmony. The most important conclusion was: the positivization of the state of defensive necessity is necessary within the penal codification, given that the legal nature of the Peruvian judicial system tends towards the positivization and codification of the institutions. Finally, the most important recommendation was: the judiciary is recommended to promote the use and use of the state of defensive necessity of the jurisdictional practice, as well as to establish a jurisprudential line.

Keywords: defensive necessity state, defense situation, defense action, justifying necessity state, justification causes.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis lleva como **título**: “La positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano”, cuyo **propósito** de la investigación es que el estado de necesidad defensivo pueda ser positivizado dentro del Código Penal, todo ello, para poder obtener los beneficios propios de la positivización de las figuras o instituciones jurídicas, la cual, es la efectiva invocación o interposición de esta figura dogmática penal dentro de un proceso penal activo, todo ello, para lograr cubrir los supuestos de hecho en los cuales el imputado haya realizado en acto de defensa en contra de una fuente de peligro que no configure una agresión ilegítima, todo ello, mejorara sustancialmente la defensa técnica de los casos en los que no se constituya una agresión ilegítima, para ello, es necesario instituir esta nueva causa de justificación en el Código Penal.

En el caso particular, del estado de necesidad defensivo, este se encuentra altamente reconocido por la doctrina penal internacional y nacional, la cual, plasma sus características y elementos, así como, los supuestos de hecho en los cuales se puede aplicar y subsumir, por ello, esta institución jurídica no tiene ninguna objeción o refutación por parte de la doctrina, así mismo, tampoco tiene ninguna inconsistencia o desavenencia que impida su aplicación práctica en el contexto socio-cultural peruano, por ende, resulta totalmente factible su positivización dentro del ordenamiento jurídico penal, ya que, solo es necesario que la codificación penal le otorgue reconocimiento para facilitar su invocación dentro de un proceso penal.

Para lograr nuestro cometido, hemos decidido sistematizar la investigación en seis capítulos. Mediante este ejercicio, se comprenderá mejor la tesis.

En el **capítulo primero**, hemos desarrollado el problema de la tesis. Se ha consignado la descripción del problema, la delimitación, los objetivos y la justificación de la tesis.

Así, el problema general es: ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano? También tenemos como objetivo general: Analizar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.

Inmediatamente, en el **capítulo segundo**, hemos desarrollado los antecedentes de la investigación. Así, hemos tenido un panorama general sobre el statu quo de nuestra investigación. Luego, se ha observado en el marco teórico el desarrollo de las bases teóricas sobre cada una de las variables consignadas.

En el **capítulo tercero** se ha desarrollado la metodología de la tesis. Aquí, se ha consignado la forma a través de la cual se desarrolla el trabajo, teniendo a la hermenéutica como el método general de la tesis y como específico al método hermenéutico jurídico. Asimismo, la tesis tiene un tipo básico y alcanza un nivel explicativo de diseño no experimental. Finalmente, la técnica utilizada es la del análisis documental, en el que se revisan documentos y se realizan fichas.

En el **cuarto capítulo**, se ha consignado los resultados de la investigación. Aquí se sistematizó mejor los datos y se ordenó el contenido del marco teórico didácticamente para poder iniciar la teorización de conceptos. Se realiza así un examen académico del contenido de la tesis. Los resultados más destacados fueron:

- Debe tenerse en cuenta dentro del ejercicio de la función legislativa, la norma penal que se quiere emitir debe de estar acorde a todo el ordenamiento jurídico que la precede a fin de que este en armonía y coherencia con la misma, en razón, a que su incongruencia genera que el sistema jurídico precedente genera se encuentre en incompatibilidad con la nueva norma, por ello, los criterios que debe de tomar en cuenta el órgano legislativo debe de estar la concreción con la naturaleza jurídica de la norma que será emitida; en

referencia al estado de necesidad defensivo, este ya se encuentra en congruencia con todo el sistema dogmático penal, por lo cual, no supondría ningún problema su positivización.

En el apartado denominado **Análisis y la discusión** de los resultados se ha sometido a una discusión con los antecedentes de investigación.

Seguidamente, se ha consignado las conclusiones a las que ha arribado la investigación. De igual modo, se generó ciertas recomendaciones para que la tesis tenga un alcance académico. Las **conclusiones** principales fueron:

- Resulta necesaria la positivización del estado de necesidad defensivo dentro de la codificación penal, dada que, la naturaleza jurídica del sistema judicial peruano tiende hacia la positivización y codificación de las instituciones y figuras jurídicas en texto taxativizados para permitir la inferencia jurídica y la ulterior aplicación de la normas, por ende, resulta indispensable que una institución jurídica como el estado de necesidad defensivo que solo halla reconocimiento en la doctrina trascienda hacia su positivización.

Es deseo de los tesisistas, por el trabajo vertido, que la tesis pueda servir con fines académicos y de aplicación inmediata, para que nuestros legisladores puedan regularizar una situación que no se halla acorde a la lógica requerida.

El autor

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En cuanto, a la naturaleza jurídica del proceso penal peruano, este al tener una procedencia de euro-continental es que la positivización y la prescripción jurídica mediante codificaciones se encuentra en vigor y resulta imperante, dado que, el dominio de la norma para permitir la inferencia jurídica y ulterior subsunción de los supuestos de hecho con los casos concretos constituye la regla general dentro de este sistema jurídico, por ello, resulta necesario que todas las instituciones y figuras jurídicas se encuentren plasmadas o reconocidas dentro de las codificaciones o leyes especiales para otorgarles existencia dentro del ordenamiento jurídico, lo cual, permite su plausible interposición dentro de los procesos; a pesar de que en la actualidad la actividad jurisdiccional ha permitido el influjo del sistema jurídico del *commow law*, por ende, la entrada de los principios y jurisprudencia los cuales tienen como principal característica su existencia al margen de la positivización, lo cual, permite que principios abstractos puedan ser materializados dentro de los procesos; empero siendo que la postura del *commow law* solo tiene un papel de influencia mas no de autoridad dentro del proceso penal, aún resulta necesario que las figuras jurídicas tengan una existencia reconocible mediante la positivización.

En este sentido, tenemos que el estado de necesidad defensivo, el cual, es reconocido como una causa de justificación a nivel de doctrinal, **no se encuentra taxativamente positivizado dentro de la codificación penal**, por ello, resulta necesario que la misma se encuentre plasmada en el codificación penal o en una ley especial en consonancia con la naturaleza jurídica del sistema jurídico peruano, el cual, está basado en el *civil law*, por ello, esta causa de justificación debe de ser positivizada para que se permita su efectivo ejercicio o invocación dentro de un proceso penal, más aún, por los beneficios sustanciales que entraña esta institución jurídica.

El “estado de necesidad defensivo” al contrario que su congénere el “estado de necesidad agresivo” (que se encuentra regulado taxativamente en el código penal), no atiende hacia la confrontación de bienes jurídicos, en donde, se enarbola el interés preponderante luego de la ponderación, además que, existe un tercero que se solidariza con la acción de defensa, todo lo contrario, el estado de necesidad defensivo se basa en la eliminación de fuentes de peligro, en donde, no existe una agresión ilegítima; por ello, al cubrir supuestos de hecho en donde no existe una confrontación de bienes jurídicos relevantes o una agresión ilegítima, se puede advertir que esta institución jurídica regula las agresiones provenientes de fuentes de peligro, siendo que estas no se encuentran positivizadas se concluye que existe un vacío o deficiencia en la codificación penal, la misma, que debe de ser subsanada mediante la positivización de la referida institución jurídica.

Todo ello, se reafirma al determinar los supuestos de fuentes de peligro los cuales regula el estado de necesidad defensivo, las cuales son: a) las agresiones de aquellos que actúan en error de comprensión culturalmente condicionado, b) el error de prohibición, c) amenazas como consecuencia de ataques culposos, d) agresiones de aquellos que actúan en error de tipo vencible, e) agresiones de menores de edad, f) ataques de locos, g) ataques de ebrios, h) ataques de drogados, i) ataques de oligofrénicos, entre otras fuentes de peligro, por ende, se puede vislumbrar la importancia de esta institución jurídica y la necesidad de su urgente positivización dentro del ordenamiento jurídico penal, para así, poder cubrir estos supuestos de hecho.

Estando a lo mencionado, planteamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

Nuestra investigación, por su misma naturaleza jurídica cualitativa se enfocará en el análisis de figuras e instituciones jurídicas. En primer término, centraremos nuestra atención en la figura jurídica del estado de necesidad defensivo, la misma que, aunque no se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico es justo la razón por la cual va a ser materia de análisis en relación a figuras afines a la misma; asimismo, esta figura jurídica va a ser correlacionada con la institución jurídica de las causas de justificación dentro de la antijuridicidad, la misma, que se encuentra regulada Código Penal. En ese orden de ideas, el espacio de investigación va a ser el territorio peruano toda vez que las normas que regulan las instituciones y figuras jurídicas mencionadas son obligatorio cumplimiento en el territorio peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

Estando a lo antes mencionado, y reiterando la naturaleza jurídica cualitativa de la presente investigación, el tiempo que abarcará esta va ser acorde a las variables de investigación contenidas en las figuras e instituciones jurídicas a las que se hicieron referencia, las que son: las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo; en consecuencia, el tiempo que abarcará la investigación dependerá de la vigencia de las figuras jurídicas en análisis. En otras palabras, el tiempo será hasta el año 2021, toda vez que hasta este momento ambas variables se encuentran en vigencia como parte del Código Penal.

1.2.3. Delimitación conceptual

La presente investigación va a consistir en cada una de las partes en discusión enfocadas desde una óptica positivista, ello en función al análisis dogmático. Así, la figura jurídica de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo, contenidos como ya se señaló en el Código Penal deben estar en sintonía con los demás conceptos jurídicos que tienen lugar en

la presente investigación; en consecuencia, vamos a usar la teoría ius-positivista, siendo el punto de referencia la interpretación jurídica positivista (exegética y sistemática-lógica), de esta manera se van a desarrollar los parámetros como parte de la elaboración de la presente investigación.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito de la investigación es que el estado de necesidad defensivo pueda ser positivizado dentro del Código Penal, todo ello, para poder obtener los beneficios propios de la positivización de las figuras o instituciones jurídicas, la cual, es la efectiva invocación o interposición de esta figura dogmática penal dentro de un proceso penal activo, todo ello, para lograr cubrir los supuestos de hecho en los cuales el imputado haya realizado en acto de defensa en contra de una fuente de peligro que no configure una agresión ilegítima, todo ello, mejorara sustancialmente la defensa técnica de los casos en los que no se constituya una agresión ilegítima, para ello, es necesario instituir esta nueva causa de justificación en el Código Penal.

1.5. JUSTIFICACIÓN

1.5.1. Social

La presente investigación coadyuvará al Estado con el cumplimiento de su rol tuitivo y protector de la sociedad, dado que, la positivización del estado de necesidad defensivo generara que nuevos supuestos de hecho en los cuales exista una fuente de peligro que no configuren de manera específica una agresión ilegítima, estos supuesto de hechos son: a) las agresiones de aquellos que actúan en error de comprensión culturalmente condicionado, b) el error de prohibición, c) amenazas como consecuencia de ataques culposos, d) agresiones de aquellos que actúan en error de tipo vencible, e) agresiones de menores de edad, f) ataques de locos, g) ataques de ebrios, h) ataques de drogados, i) ataques de oligofrénicos, todos estos casos no podrían constituir en una agresión ilegítima y tampoco existe un tercero que se solidariza con la acción de defensa, por ende, solo existe una fuente de peligro que debe de ser repelida; la ausencia de la positivización de esta institución jurídica genera que todos estos supuestos de hecho no se encuentren regulados y produce una deficiencia en el código penal, en conclusión, la positivización de esta institución jurídica beneficia sustancialmente a toda la población en general.

1.5.2. Teórica

En función al análisis que se realizará de las instituciones jurídicas de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo, dado que, la figura doctrinal del estado de necesidad defensivo si bien es cierto que tiene amplio reconocimiento doctrinal, no se encuentra plasmado en ninguna codificación penal, ni ley especial, por ende, su invocación en un proceso penal como medio de defensa técnica resultaría difícil, todo ello, debido a la naturaleza jurídica del proceso penal peruano en general, el mismo, que ostenta características propias del *civil law*, por lo tanto, existe un alto nivel de taxatividad dentro de la misma, lo cual, impediría la ordinaria invocación del estado de necesidad defensivo dentro de la teoría

del caso de la defensa técnica, por ello, resulta imperiosa positivizar el estado de necesidad defensivo dentro de las causas de justificación dentro del Código Penal.

1.5.3. Metodológica

En orden a la naturaleza de la investigación, se va a emplear como método de investigación la hermenéutica jurídica al analizar ambas variables de estudio, teniendo por ende como instrumento de recolección de datos a la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo; así, al estar orientado a un nivel correlacional, se analizarán las características de ambas variables y su nivel de compromiso y relación, para emplear por último la argumentación jurídica como método de procesamiento de datos, para así poder teorizar las categorías de investigación. En consecuencia, se aportará un esquema de cómo investigar cuando estemos frente a dos variables de naturaleza distinta, siendo una figura jurídica ajena a nuestro ordenamiento jurídico como las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo, regulada en el Código Penal.

1.6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Objetivo general

- Analizar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6.2. Objetivos específicos

- Identificar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.
- Examinar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7. Importancia de la investigación

Es importante porque la positivización del estado de necesidad defensivo es necesaria para su plausible invocación dentro de una defensa técnica como el principal baluarte doctrinal de la teoría del caso empleado en el trascurso del proceso penal, todo ello, a los diversos supuestos de hecho que pueden ser subsumidos en base a las fuentes de peligro que irradian una amenaza sobre los bienes jurídicos personales o de terceros que no configuran o representan una agresión ilegítima, por ello, resulta necesario que dentro de las causas de justificación tipificadas dentro del Código Penal se encuentra prescrita el estado de necesidad defensivo para convertir en efectiva una teoría del caso encausada con esta institución procesal.

1.8. Limitaciones de la investigación

La presente investigación encuentra sus limitaciones en haber podido tener acceso a los expedientes versados en el estado de necesidad justificante, por lo menos, nombrados de los mencionados expedientes.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Internacionales

Como investigación internacional tenemos a la que lleva por título: El Estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad, realizado por Pawlik (2013), el mismo que fue publicada en la *Revista Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-29. En este trabajo se describe en primer lugar al estado de necesidad defensivo enfocándola dogmáticamente, asimismo de su relación con la legítima defensa, por otra parte, se señalan también los supuestos de aplicación de esta figura. Este artículo de investigación guarda relación con el presente trabajo de investigación en el sentido en que se plantea la importancia de la incorporación del estado de necesidad defensivo dentro del ordenamiento jurídico positivo, pues es el ámbito de aplicación de éste llenará ciertos supuestos que otras causas de justificación no podían abarcar como bien se describen en el artículo citado. A las conclusiones que se llegó en el artículo citado es el siguiente:

- La incorporación y/o reconocimiento del estado de necesidad defensivo es trascendental, pues, completa el sistema de los derechos de necesidad jurídico-penales.
- La teoría de los derechos de necesidad debe ser guiados por conceptos de sujeto y persona, así además por las categorías de competencia que a cada uno corresponda; esto en aras de reconocer o como el citado autor señal domesticar dogmáticamente los supuestos de estado de necesidad defensivo.

El trabajo de investigación que antecede **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo escrito por la tesista es cierto.

Asimismo, el siguiente antecedente a nivel internacional es el que lleva por título: Necesidad de regular en el Código Penal los efectos que producen las causas de justificación y

las causas de inculpabilidad, realizado por Cruz (2011), tesis presentada ante la Universidad de San Carlos de Guatemala; en este trabajo de tesis citado lo que se desarrolla es esencialmente a las eximentes de responsabilidad penal, delimitando a cada una de ellas tanto a las causas de justificación con las de inculpabilidad, con la finalidad de establecer las consecuencias para cada una de ellas y señalar la importancia de su positivización. El trabajo citado guarda relación con el presente trabajo en el sentido en que en las dos se pone en manifiesto cuán importante es el desarrollo en los Códigos Penales de las eximentes de responsabilidad penal, para el caso en concreto de las causas de justificación dentro del ordenamiento jurídico; es por ello que se plantea la incorporación de las causas de justificación defensivas. Dentro de las conclusiones que se llegan en el trabajo tenemos a las siguientes:

- Las causas de justificación, traen como consecuencia que el hecho sea considerarlo como lícito por la misma aprobación del ordenamiento jurídico, además, no cabe legítima defensa frente a ella y por último tampoco hay responsabilidad penal por participación de terceros.
- Evidenciada o comprobada una causa de justificación exime de la comprobación o verificación de la culpabilidad del autor; dándose la verificación de este último en el caso de comprobarse la antijuricidad.

El trabajo que antecede tiene como metodología, la siguiente: el inductivo, deductivo, analítico y sintético. Y, en cuanto a la técnica, fue realizada mediante fichas bibliográficas y de texto.

Ahora bien, tenemos al trabajo de investigación titulado: Estudio de las teorías modernas que se aplican al estado de necesidad, realizado por Fuentes (2010), tesis presentada ante la Universidad de San Carlos de Guatemala; en el trabajo de investigación citado se describe principalmente al estado de necesidad y las teorías modernas sobre este último, con la finalidad de sugerir su implementación dentro del ordenamiento jurídico de dicho país. Su

relación con el presente trabajo de investigación radica en que, los ordenamientos jurídicos deben de tener el mayor alcance posible y ser lo más actualizado posible, para así poder regular situaciones trascendentales, en especial en el Derecho Penal, ergo, la incorporación de nuevas figuras es casi innegable. Dentro de las conclusiones a la que llega el trabajo de investigación señalado tenemos a las siguientes:

- Son insuficientes las causas de justificación reguladas en el ordenamiento jurídico para poder darles forma legal a los casos que se pueden presentar en la sociedad.
- Es importante reconocer a las teorías del estado de necesidad que existen, para que en algún momento puedan ser tipificadas dentro del ordenamiento jurídico.

El trabajo de investigación que antecede **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo escrito por la tesista es cierto.

Ahora, tenemos al trabajo de investigación titulado: El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal, por Freeland (2020), tesis doctoral presentada ante la Universidad Austral de Buenos Aires; en este trabajo de investigación se aborda en primer lugar, la delimitación conceptual y regulación legal del estado de necesidad agresivo, seguidamente describe el fundamento de esta figura, además, describe la irregularidad de esta institución en un ordenamiento jurídico penal liberal con de aquel país. El presente trabajo de investigación se relaciona con el citado en el aspecto en que, los dos abordan de manera crítica la institución de las causas de justificación (enfocándose claramente en el estado de necesidad) para poder determinar su suficiencia o idoneidad de acuerdo al contexto social. Dentro de las conclusiones a las que llega el trabajo citado se pueden mencionar a las siguientes:

- Las causas de justificación que se desarrollan en el trabajo están enfocadas a situaciones de conflicto entre intereses intersubjetivos, en donde un mal amenaza a otro que, lo asume pasivamente o decide causa un conflicto y causa a otro un mal típico. Siendo

tres causas de justificación las que adoptan esa característica: la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y agresivo; distinguiéndose cada una de estas de acuerdo al vínculo de los protagonistas con el peligro.

- El estado de necesidad agresivo, viene a ser una figura exótica para un sistema liberal, aparece como un figura extraña e irregular. El tercero inocente no ha hecho para para merecer o soportar la acción de salvaguarda que el necesitado emprende contra él; y aunado a ello, no se veía vinculado con el peligro o con la creación de la situación de necesidad, por lo tanto, es correcto llamarlo como tercero e inocente.

El trabajo de investigación que antecede **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo escrito por la tesista es cierto.

Por otro lado, tenemos al siguiente trabajo de investigación titulado: La obediencia debida como causa de justificación de responsabilidad penal en la legislación nicaragüense, por Sotelo (2000), monografía para optar por el grado de licenciado en derecho, la misma que fue presentada ante la Universidad Americana; en el trabajo de investigación citado se describe la obediencia debida como institución jurídica penal, asimismo, se describen los alcances de la misma tomando en cuenta las propuestas teóricas, y sin desconocer el propio tenor de lo establecido por su propio Código Penal y la interpretación que se le da en los casos prácticos. Este trabajo de investigación se relaciona con el presente, en el sentido en que los dos son críticos al momento de analizar a las causas de justificación, en aras de una mejor aplicación de las mismas. Dentro de las conclusiones a la que arriba el citado trabajo tenemos a las siguientes:

- Sí existen requisitos legales a fin de establecer si estamos ante la presencia de obediencia debida, el mismo que favorece al sistema de justicia penal nicaragüense, lejos de debilitarlo.

- Existen dos conceptos, por un lado “la obediencia y por otro “la obediencia debida”, éste último se caracteriza por ser reflexiva, pues, dentro de la misma se realiza un estudio de sus alcances; por otro lado.
- Debe de haber un complejo desarrollo normativo que implique una serie de requisitos, características o parámetros, y no una sola; además, el conocimiento del mismo contenido de esta causa de justificación es de suma importancia, pues su incorrecta aplicación vulnera siempre derechos y principios.

Finalmente, el método usado por el autor es el análisis interpretativo. Habiéndose usado a su vez como materiales de la investigación los siguientes: estudio de documentos, encuesta, entrevista, jurisprudencia y el estudio del derecho comparado.

Como investigación se tiene a la tesis titulada “Estado de necesidad defensivo y aborto”, por Segall (2016), realizada en Chile para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas sociales por la Universidad de Chile, en ésta investigación lo más trascendental es que dicho trabajo lo que tiene como objetivo es dar una exposición breve de las diversas posiciones que hay, además se añade el análisis sobre la exención de responsabilidad penal, es decir se añade un análisis del estado de necesidad justificante en el comportamiento abortivo; además el estado de necesidad defensivo es muy poco estudiado; éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que en la presente investigación el tema central es el estado de necesidad defensivo y la pretensión de que sea positivizado, en ese sentido, se arribó a las siguientes conclusiones:

- Por lo esbozado, se resumen las aseveraciones y los análisis en las conclusiones, que conllevan a ver el desempeño del estado de necesidad defensivo en los acontecimientos de interrupción del estado de gestación.
- En el territorio nacional, el artículo 10 del Código Penal ha recibido diversas interpretaciones, interpretaciones que han conllevado a que haya la polémica sobre cuál

es la norma de nuestro orden jurídico penal que tiene la norma jurídica de permisión del estado de necesidad defensivo. Una adecuada hermenéutica del articulado 10 en mención nos conduciría a postular que tiene solamente una causa de exculpación, y no una causa de justificación; este es el motivo que en nuestro sistema jurídico cuando se invoca un estado de necesidad defensivo tiene que elaborarse previamente como causa de justificación.

- La sistemática indicadora, postulada por Bascuñán, nos hace dar cuenta de las circunstancias en las que es normal que se realice una disputa sobre la factibilidad de elaborar un aborto con consentimiento, pese a eso es inocuo, toda vez que comprende mal el modelo de la ponderación que es particular del estado de necesidad defensivo; el modelo de la ponderación postulado por Bascuñán no comprende el estado de necesidad defensivo como causa de justificación, aplicable a situaciones abortivas y otras más generales.
- Se defiende que el estado de necesidad defensivo como causa de justificación sea reconocido, que es desarrollada por el estándar de la ponderación y la tesis de la involucración. Según esta causa de justificación el agente A puede argüir para desvincularse de B sin que su conducta sea tachada de antijurídica; además la relación es que aquella norma de permisión, le da permiso a la dama en estado gestación que realice el aborto cuando el concebido lesione sus bienes jurídicos.

Finalmente, sobre la **metodología** la presente investigación no cuenta con ella (lo único que contiene es un problema), pese a que la investigación es para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas; el interesado para cerciorarse de que el tesista dice la verdad sobre la no existencia de metodología puede corroborar revisando la tesis, tesis que es citada en las referencias bibliográficas.

Se tiene otra investigación de título “Estudio de las teorías modernas que se aplican al estado de necesidad”, por Fuentes (2010), elaborada en Guatemala para optar el grado académico de licenciado en Ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ésta investigación lo más trascendental es que se tiene el horizonte de aportar de manera académica y científica sobre las tesis actuales del estado de necesidad, toda vez que el cuerpo jurídico penal de Guatemala refiere sobre el estado de necesidad, pero los juristas no interpretan de manera extensiva ni positivizan las teorías; éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que en la presente investigación se aborda el estado de necesidad, y específicamente el estado de necesidad defensivo, instituto que cuenta según Ivó Coca por tres corrientes doctrinales primarias, en ese sentido, se arribó a las siguientes conclusiones:

- Según el Código Penal de Guatemala, desde el año 1993 hasta la actualidad no hubo cambio alguno sobre la ampliación del estado de necesidad, y esto es lo que diferencia a Guatemala de otros países, como España.
- La teoría general del hecho punible determina que la figura del estado de necesidad es un motivo de eximente de responsabilidad penal, toda vez que la persona actúa sin la intención de lesionar, lesión que es causada por encontrarse en la necesidad de salvaguardar su vida o de otros ante la presencia de un mal inminente y actual.
- Lo trascendental que fue abordado en la investigación, es tratar de hacer conocer las diversas tesis del estado de necesidad, que en un determinado tiempo son posibles de ser positivizados en el orden jurídico.
- En el Código Penal de Guatemala no están reguladas las tesis modernas, es por ello que el estado de necesidad no es suficiente. La regulación de las tesis modernas haría más fácil la labor del juez.

- En el campo penal, en la normatividad de Guatemala, el estado de necesidad sufre pocos cambios, y desde mi perspectiva mencionada, el estado de necesidad tiene que sufrir cambios necesarios para que las autoridades judiciales puedan solucionar los casos alineados al derecho.

Finalmente, pese a que la presente investigación es para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas, esta no contiene **metodología** alguna, el interesado para poder corroborar la no existencia de una metodología (en *strictu sensu*) puede recurrir a las referencias bibliográficas para cerciorarse de ello.

Por otro lado, se tiene otra investigación de título “El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal”, por Freeland (2020), realizada en Argentina para optar el título de doctor en derecho por la Universidad Austral de Buenos Aires, en ésta investigación lo más trascendental es que se trata de analizar desde una perspectiva liberal el estado necesidad agresivo justificante; éste resultado se relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que el estado de necesidad al ser un tema importante en la dogmática penal, debe de ser abordado, abordado desde diversas perspectivas, una de ellas desde el enfoque de su “regulación normativa”, en ese sentido, se arribó a las siguientes conclusiones:

- El sistema jurídico argentino es liberal, por ende, el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa se encuentran acogidos de manera satisfactoria; estas dos figuras están reconocidas en el postulado de la responsabilidad por los actos propios que realizan daño a un ajeno, toda vez que comienzan con un atentado al deber que tienen los ciudadanos (el deber negativo [*neminem laedere*]). El causante será quien sufra las consecuencias dañosas, ya que el necesitado al protegerse actúa de manera justa y natural. El responsable de causar el peligro está obligado a soportar el daño que el necesitado le cause.

- Se demuestra que el estado de necesidad agresivo es secundario y excepcional de los caminos institucionales y de la legítima defensa, y del estado de necesidad defensivo.
- La ley establece los requisitos de manera expresa, dicha *lex* manifiesta cuatro requisitos:
 - a) tiene que haber una circunstancia de necesidad que se da ante una amenaza, b) se tiene que ponderar los daños, c) ser extraño con referencia del mal que asecha, y d) elemento subjetivo; en estos requisitos se puede diferenciar sobre los supuestos del estado de necesidad defensivo o agresivo.
- Se culmina aseverando lo siguiente: la permisión del estado de necesidad agresivo en el sistema jurídico se estanca en el lugar que debe estar. Dicha aseveración es secundaria, ínfima y excepcional en un sistema liberal sustentado por sus dos principios: 1) autonomía de la voluntad y 2) dignidad humana.

Finalmente, la presente investigación no cuenta con **metodología**, pese a ser de carácter doctoral (solo cuenta con objetivo y problema), el interesado para corroborar la presente afirmación puede dirigirse a las referencias bibliográficas (ahí se muestra el link).

2.1.2. Nacionales

Como único antecedente nacional recogido tenemos al que lleva por título, Estado agresivo y defensivo de necesidad, por Armaza (2009), el mismo fue publicado dentro del libro *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*; en este trabajo de investigación se pone en relieve al estado de necesidad tanto defensivo como agresivo, desarrollando cada una de ellas, señalando sus requisitos y sobre todo delimitando sus diferencias y similitudes, además, en éste se hace hincapié en la aplicación del estado de necesidad defensivo para delitos imprudentes o culposos. Este trabajo de investigación guarda relación con el citado pues, en éste desarrollará de igual forma a esta institución del estado de necesidad defensivo enfocándose y proponiendo la incorporación de esta dentro del

ordenamiento jurídico. Dentro de las conclusiones más importante que establece tenemos a las siguientes:

- Aceptándose que el legislador en el artículo 20.3 del Código Penal peruano del año 1991 al hacer alusión al término agresión, hace referencia exclusivamente a aquella acción dolosa; ergo, no procedería legítima defensa frente a agresiones imprudentes. Quedando claro que se requiere de otra eximente para esta clase de situaciones.
- Por otro lado, si creyésemos que frente a las agresiones imprudentes pudiera ser aplicada el estado de necesidad justificante; frente a ello primero se tiene que señalar lo siguiente: lo dispuesto en el artículo 24.4 del Código Penal peruano de 1991 se refiere a un conflicto entre bienes jurídicos y no hay tal cuando se pone en peligro los intereses de una persona a través de agresiones negligentes. Es decir, la redacción de este artículo no es posible la aplicación en situaciones de agresión imprudente.
- Se sugiere una adición de un párrafo al artículo 20 inciso 3 del Código Penal peruano para dar cabida al estado de necesidad defensivo, la misma que tendría la siguiente transcripción: “Si la agresión se emprendiese al amparo de alguna eximente por inculpabilidad, en error de tipo vencible o por imprudencia, se aplicarán los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.”

El trabajo de investigación que antecede **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para verificar que lo escrito por la tesista es cierto.

Por último, tenemos a la investigación titulada: La legítima defensa según el artículo 20 inciso 11 del Código Penal y la percepción de la población de la actuación policial en el distrito de Manantay, Ucayali año 2018, por Mera y Águila (2020), tesis presentada ante la Universidad Nacional de Ucayali; en este trabajo se desarrolla a la causa de justificación en la que pueden verse inmerso los efectivos policiales y militares según el tenor del artículo 20

inciso 11 del Código Penal peruano, para ello, realiza una descripción de las figuras respectivas como la legítima defensa y la contenida en el artículo e inciso antes mencionado. Este trabajo de investigación se relaciona con el presente en el sentido en que las dos tratan de enfocar un problema práctico referido al tema correspondiente, pues, en el trabajo citado parte de un problema que aquejan los efectivos policiales y militares con referencia a la causa de justificación que para ellos debiera darse. Algunas de las conclusiones a las que llega el trabajo de investigación citado son las siguientes:

- La legítima defensa es una causa de justificación de un hecho típico, el mismo que se ve limitado, porque su efectividad o validez estará sujeta a la concurrencia de los requisitos que para éste el legislador estableció; además abarca a quienes obran en cumplimiento de su deber o en ejercicio legítimo de su derecho, oficio o cargo
- Se considera que el artículo 20 inciso 11 del Código Penal peruano es inconstitucional, por cuanto el Ejecutivo se sobrepasó en la facultad conferida por el Poder Legislativo, para combatir la criminalidad organizada.

El trabajo de investigación citado es descriptivo correlación; asimismo, la población estuvo dirigida a 221 fiscales, jueces, policías y moradores del distrito de Manantay de la región de Ucayali, pero que cuya muestra fue de 150 personas entre fiscales, jueces, policías y moradores.

Como investigación nacional se tiene a la tesis de título “El estado de necesidad justificante visto desde la perspectiva de afectación del tercero no interviniente. propuesta de reparación civil al titular del bien jurídico eventualmente dañado”, por Medina (2020), realizada en Perú para optar el título de abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, en ésta investigación lo más trascendental es que en esta investigación se tiene como propuesta el resarcimiento civil al que detenta la titularidad del bien jurídico eventualmente dañado, ante un supuesto de estado de necesidad justificante; éste resultado se

relaciona con nuestro tema de investigación en tanto que el estado de necesidad, al efectivizarse o realizarse por parte de alguien conlleva a un daño o lesión, en ese sentido, se arribó a las siguientes conclusiones:

- El comportamiento que causa un evento lesivo por parte del agente en los supuestos del estado de necesidad justificante no puede ser tachado de antijurídico, porque su misma denominación se comprende, aquel comportamiento se encuentra justificado, no obstante, este agente debe de indemnizar los daños causados.

Finalmente, la presente investigación no cuenta con **metodología**, pese a que es una investigación para optar el título de abogado (solo cuenta con objetivo y problema), el interesado para corroborar la presente afirmación puede revisar dirigiéndose a las referencias bibliográficas (ahí se muestra el link).

2.1.3. Locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS

2.2.1. El estado de necesidad defensivo

2.2.1.1. Estado de necesidad en general

A. Definición

Sobre el estado de necesidad (en general) hay vastas definiciones. A continuación, se va a presentar definiciones nacionales e internacionales (dadas por españoles, alemanes, etcétera).

En el **plano internacional**, con respecto a la definición del estado de necesidad los alemanes Jescheck y Weigend (2014) aseveran que: “1. En el sentido jurídico general del término, un estado de necesidad es **“una situación de peligro actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona”** (...)” (p. 520); es imprescindible la existencia de un estado o circunstancia de peligro (aunque también la

existencia de otros aspectos [también va a depender de la clase de estado de necesidad que quiera tratarse]). Esta misma definición es repetida (o citada) por parte de Villa Stein.

En la misma línea de definiciones, otros alemanes, es decir Wessels, Beulke y Satzger (2018) esbozan que: “Como **estado de necesidad** se define un estado de peligro actual para intereses jurídicamente protegidos, cuya evitación solo es posible a costa de intereses ajenos” (p. 188); los intereses lesionados para evitar la lesión (sobre la lesión cabe hacer un análisis más profundo que no corresponde hacerla en la presente investigación [ejemplo: analizar si se puede proteger las puestas en peligro o solo las lesiones, tachando la factibilidad de que se analice las puestas en peligro]) también están protegidos.

En España, el jurista Muñoz Conde (2007) afirma que: “(...) Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo conciben como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro (...)” (p. 122); en efecto, en el estado de necesidad existe una colisión de bienes jurídicos, en la que va a depender el valor del bien jurídico salvado, así como va a depender el bien jurídico lesionado, para considerar estado de necesidad justificante o exculpante (ejemplo: si hay colisión entre el bien jurídico vida de X con el bien jurídico de Y estamos ante el estado de necesidad exculpante).

En **Latinoamérica**, aduciendo que la mayoría de los tratadistas adopta la definición de von Liszt el jurista argentino Jiménez de Asúa (s/f) reza que: (...) “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro (...) jurídicamente protegidos.” (p. 302); Desde antaño, es decir desde la época de Liszt el estado de necesidad era comprendida como aquella circunstancia de “peligro”, además de ser concebida como una situación en la que se lesiona el interés de otro.

En el **plano nacional**, citando a Reinhart Maurach y Heinz Zipf, los doctrinarios Rodríguez, Ugaz, Gamero y Schönbohm (2009) esbozan que: “El presente supuesto consiste

en un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber (...)" (p. 77); no dan lugar a una legítima defensa ni a un ejercicio de un deber porque cada figura penal tiene su propia estructura, en este caso el estado de necesidad tiene su propio "ser" ontológicamente hablando (con dicha aseveración no se quita que pueda tener similitudes o vinculaciones con otras figuras penales). Esa misma definición acoge en su libro el doctor Bramont-Arias.

Continuando en el ámbito nacional, el jurista Hurtado Pozo (1987) refiere que: "Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien de agente" (p. 382); la lesión a otro bien jurídico es la "única vía", porque de haber otra vía menos gravosa (y existiendo dicha vía se opta por otra más gravosa) no se estaría ante el estado de necesidad.

B. Breve historia

Dejando de lado una extensa reseña histórica del estado de necesidad, de manera breve se puede iniciar mencionando antecedentes en la India, en Judea, en el derecho romano (no se reguló de manera perfecta al estado de necesidad a diferencia de la legítima defensa), en el derecho germánico (derecho que contiene extensas normas que tuvieron efectos en la Época Medieval). En los siglos XVI y XVII los que escribían sobre el tema expresaron de manera extensa y cuidadosa sobre el estado de necesidad. Posteriormente se hundieron en la amnesia las pautas, comentarios, así como doctrinas del estado de necesidad, hasta tal punto de que los que usaban el método de la glosa de nuestro Código Penal no pudieron encontrar la esencia de la disposición referida al estado de necesidad. Actualmente, los códigos tratan del estado de necesidad infundiéndole el respeto de determinados aspectos (Jiménez, s/f, p. 302).

Según el artículo 85, inciso 3 *in fine* del Código Penal de 1924 (artículo 60 del Proyecto de 1916) se le exime de pena a aquel que realiza una conducta de necesidad al resguardarse de una situación de peligro de característica inminente y no evitable de otro modo, acorde a la situación el sacrificio del bien jurídico en peligro no podía, de manera razonable, ser exigido al autor de la conducta (Hurtado, 1987, p. 383).

El StGB del año 1871 solamente instituyó disposiciones referidas al estado de necesidad en los §§52 y 54. Cuando el BGB del año 1900 entró en vigencia se agregaron disposiciones sobre el estado de necesidad, sobre todo las disposiciones más trascendentales agregadas fueron: la defensa ante cosas (estado de necesidad defensivo del *zivilrecht*) regulado en el § 228 del BGB, y el estado de necesidad agresivo civil regulado en el § 904 del BGB. Hubo un acierto por parte de la labor de los intelectuales pertenecientes a dos generaciones, toda vez que en el año 1930 salió a la luz la tesis de la diferenciación que contradecía a los defensores de la tesis unitaria (de la unidad) en referencia al estado de necesidad. La tesis de la unidad establecía que todos los preceptos referidos al estado de necesidad deberían estar considerados o como causas de justificación o como causas de exculpación, ante esto la tesis de la diferenciación contradujo del siguiente modo: las situaciones de estado de necesidad tienen que procesarse de manera parcial, es decir deben procesarse como causas de justificación y como causas de exculpación (cada una teniendo su parte), específicamente se hizo el reconocimiento de que los §§ 228 y 904 BGB son causas de justificación, y los §§ 52 y 54 StBG (actualmente en el StGB vigente en el §35) son causas de exculpación (Roxin, 1997, p. 671).

C. Fundamento

Con respecto a la determinación del peso de circunstancias en conflicto, se postula la temática del **fundamento** o la **naturaleza jurídica** del estado de necesidad, dónde el problema es que si puede aseverarse que el originar un daño en estado de necesidad siempre está

permitido (no hay contravención al orden jurídico penal), o *sensu contrario* existen situaciones en que es exonerado, dicha dualidad (desde la óptica de la teoría del hecho punible) versa sobre si el estado de necesidad siempre es una causa de justificación o si puede ser una causa de exculpación; en este sentido se puede distinguir dos posiciones: la postura monista y la postura diferenciadora (vinculadas al término de antijuricidad) (Martín, M. Martínez, M. & Valle, 2012, p. 288).

a. Tesis de la diferenciación

Desde la antigüedad se tiene el inconveniente de unir la figura del estado de necesidad en la culpabilidad o en la antijuricidad (tesis de la unificación), o si no considerar que existe un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante (tesis de la diferenciación). Actualmente se propone el “estado de necesidad no prohibido” (Bústos, 1994, p. 356).

El Código Penal peruano está adscrito a la teoría de la diferenciación, esto se comprueba al observar la regulación separada que da al estado de necesidad justificante y al exculpante, el estado de necesidad justificante está regulado en el artículo 20 inciso 4 (se protege un bien jurídico de más valor), el estado de necesidad exculpante se regula en el artículo 20 inciso 5 (se protege la vida, libertad y la integridad física). Para la explicación de la ubicación del estado de necesidad exculpante y justificante la doctrina penalista va a la estructuración del hecho punible: el estado de necesidad justificante excluye la antijuricidad, el estado de necesidad disculpante excluye la culpabilidad; el estado de necesidad justificante es una causa de justificación, mientras que el estado de necesidad disculpante es un supuesto de inexigibilidad de la conducta (García, 2019, p. 630).

En el derecho penal peruano se haya la distinción entre el estado de necesidad disculpante y justificante, siendo acogida la tesis de la diferenciación. El cuerpo jurídico penal de 1991 sigue la tesis de la diferenciación al establecer pautas legales para cada estado de

necesidad (exculpante y justificante) al regular respectivamente cada una de ellas en el artículo 20 inciso 4 y 5. Esta misma línea sigue el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (Villavicencio, 2006, p.551).

D. Diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad

En términos generales la legítima defensa es una especie del estado de necesidad, esto es aseverado por Sermet, Moriaud, Marchand, etcétera; esta manera de pensar es compartida por Constancio Bernaldo de Quirós, en España. Con más severidad técnica los doctrinarios alemanes antiguos (dentro de ellos Berner) expresaban que hay un “derecho de necesidad”, de donde deriva la legítima defensa. Así como tienen características que comparten, entre estos dos hay diferencias, tales diferencias son: primero, la legítima defensa es una reacción mientras que el estado de necesidad es una acción (esto fue expresado por Carrara); segundo la legítima defensa es un “contra- ataque”, mientras que el estado de necesidad es un “mero-ataque” (esto fue expresado por Moriaud). Por nuestro lado, para clarificar, se podría aseverar que en la legítima defensa se da una lucha entre el interés ilegítimo del que agrede (violar, matar, etcétera) y el bien jurídico tutelado del agredido (libertad, vida, etcétera); en el estado de necesidad en sensu strictu hay una lucha entre intereses legítimos, que vienen de dos bienes jurídicos tutelados por la norma jurídica (ejemplo: en el delito de robo que es cometido por el que padece de hambre, se está ante el conflicto entre el derecho a la vida de aquel que robar con el derecho de propiedad del sujeto que es desposeído) (Jiménez, s/f, p. 303).

E. Estado de necesidad justificante y exculpante

a. Estado de necesidad justificante

a. 1. Definición

Sobre el “estado de necesidad justificante”, los doctrinarios Politoff, Mattus y Ramírez (2004) expresan que: “La idea de estado de necesidad *justificante* supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que no puede evitarse de otra forma como no sea

dañando un bien de menor valor (...)” (p. 228); la lesión se da en contra de una bien menor jerarquía, para salvar un bien de mayor jerarquía.

En el mismo sentido, los penalistas Rodríguez, Ugaz, Gamero y Schönbohm (2009) esbozan que:

El presente supuesto consiste en un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. Así, existe un interés preponderante, justificándose el sacrificio del otro bien jurídico, por lo que se excluye de esta forma la antijuricidad (p. 77).

Con el estado de necesidad justificante lo que se lo que se excluye es la antijuricidad, pues es un tipo de causa de justificación.

a. 2. Regulación normativa

El Código Penal de 1991, en su artículo 20, en su inciso 4 regula la eximente de responsabilidad de aquel, que ante la existencia de una situación de peligro (insuperable y actual) se origine una amenaza a bienes jurídicos (libertad, vida, etcétera), y ante tal amenaza se realice una conducta orientada a evitar el mal de otro o de él (Villa, 2008, p. 362).

a. 3. Bienes jurídicos protegidos

Sobre los bienes jurídicos, el estado de necesidad justificante contiene un listado *apertus*, están comprendidos en esta lista la vida, la libertad, etcétera. Esta es la diferencia que se tiene con el estado de necesidad disculpante, toda vez que en el estado de necesidad exculpante se establece ciertos bienes jurídicos (Bramont-Arias, 2002, p. 286).

b. Estado de necesidad exculpante o disculpante

b.1. Definición

Sobre el “estado de necesidad disculpante” los doctrinarios: Rodríguez, Ugaz, Gamero y Schönbohm (2009) exponen que: “(...) En la colisión de bienes jurídicos de igual jerarquía

importa únicamente “que el mal causado no sea mayor que el que se quiere evitar” (p. 98); los bienes jurídicos que se enfrentan tienen un valor igual, porque en caso de que haya un enfrentamiento entre bienes jurídicos de distinto valor con estamos ante la presente figura penal.

Orts, Gonzáles, Matallín y Roig (2010): “(...) como **causa de inculpabilidad** (excusa), cuando el conflicto es entre bienes de igual valor (sacrificando uno en beneficio del otro. Vid. las SSTs 24-11-1997; 02-10-2002)” (p. 91); queda claro que en este tipo de estado de necesidad (modo exculpante) se excluye la culpabilidad.

b.2. Regulación normativa

Sobre la regulación normativa del estado de necesidad exculpante en el ordenamiento jurídico, los penalistas Rodríguez, Ugaz, Gamero y Schönbohm (2009) mencionan que: “Está contemplado en el inciso 5 del art. 20 del Código Penal que se relaciona con el estado de necesidad exculpante (...)” (p. 98); además en aquel artículo también se establece en qué casos no procede la exención del estado de necesidad disculpante.

El Código Penal de 1991 en el artículo 20 inciso 5 establece que:

El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

El Código Penal peruano cierra los bienes jurídicos que solo son pasibles de defender mediante el estado de necesidad disculpante.

b.3. Casos:

Casos muy conocidos que pueden traerse a colación son los siguientes: primero el caso de aquel sujeto que tratando de salir de un teatro en llamas pisa un cuerpo tendido de otro sujeto; segundo el caso de aquel alpinista que corta una cuerda que está a punto de romperse, toda vez que es muy débil para el peso de dos sujetos, y al cortar dicha cuerda el otro sujeto cae al abismo (Politoff, Matus & Ramírez, 2004, p. 231).

También hay varios casos muy citados por autores alemanes, españoles y de otras nacionalidades (por ejemplo: Roxin, Jiménez de Asúa, Goldschmidt, Arín, etcétera), tales casos en mención son: Caso Medusa, Caso William Brown, Caso Mignonette, etcétera.

b.4. Bienes jurídicos protegidos

Los objetos jurídicos tutelados por el estado de necesidad disculpante son tres: libertad, integridad corporal, y vida; los otros bienes jurídicos que revisten de menor valor no están protegidos por el estado de necesidad exculpante, pero si por el estado de necesidad justificante. La integridad corporal, la vida y la libertad tienen que ser gravemente y de manera actual amenazadas (Villa, 2008, p. 464).

c. Diferencias entre el estado de necesidad exculpante y justificante

La ciencia penal se ha mantenido ocupada desde tiempos remotos, estuvo ocupada en resolver el problema de los supuestos del estado de necesidad. Los doctrinarios modernos elaboraron la “teoría de la equidad”, teoría creada por Kant, aunque aquel filósofo no estimó como *inculpabilis* a la conducta necesaria, pero el imperativo categórico si la consideraba como *impunibilis*, En base a ello, la conducta necesaria no podría ser sancionada porque de por medio está la equidad; para Feuerbach debería de excluirse la imputabilidad al autor en estos casos. Siguiendo con el ámbito evolutivo, tenemos a Fichte, defensor del ordenamiento, en el sentido de que el orden jurídico en cierta parte quitaba sus órdenes y prohibiciones para las circunstancias de necesidad dejando que se resuelva a la conciencia del agente, es decir se hace

referencia a la teoría de la exención. Contrariamente a ello Hegel admitió que cuando exista una controversia entre la vida y otro bien jurídico de menor valor, tendría que haber un derecho de necesidad en beneficio de la vida; sobre dicha teoría se elaboró la **tesis del conflicto**, tesis que postulaba la distinción estimable de los bienes jurídicos. No consisten en simple jerarquizaciones de un principio, sino de enfoques diferentes. Desde antaño en la moderna dogmática se han defendido “tesis de la unidad”, tesis que pretendieron abarcar todas las situaciones de necesidad, como causas de justificación (según la tesis del conflicto) o como causas de exculpación (según la tesis de la equidad) (Jeschek & Weigend, p. 521).

En el estado de necesidad se inicia con el conflicto entre bienes jurídicos de distinta valoración, así se puede distinguir el estado de necesidad exculpante, estado en la que los bienes jurídicos en colisión tienen igual jerarquía, y esto desencadena que el derecho no lo justifique, pero si disculpe la lesión de bienes (Villa, 2008, p. 363).

d. Estado de necesidad putativo

El estado de necesidad no tendrá aplicación en la circunstancia de necesidad imaginaria, circunstancia que tendrá que solucionarse en base a las pautas del error de prohibición (estamos ante el estado de necesidad putativo), todo ello está plasmado en el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal de 1991 (Villavicencio, 2006, p. 554).

Nos encontramos ante el estado de necesidad putativo cuando la circunstancia de peligro es imaginaria, circunstancia en la cual tendrá que ser aplicada las disposiciones del error de prohibición (Rodríguez, Ugaz, Gamero & Schönbohm, 2009, p. 78).

e. Elemento subjetivo del estado de necesidad

En el estado de necesidad su ámbito subjetivo está compuesto por un conocimiento y una voluntad, conocimiento del estado de peligro, así como la voluntad encaminada a evitar el peligro ajeno o propio. Se pretende evitar el menoscabo al bien jurídico. Hay sujetos que por

su labor o profesión deben de aguantar el peligro (ejemplo, policías, bomberos, etcétera [con los límites respectivos que se tiene]) (Bramont-Arias, 2002, p. 288).

El estado de necesidad, necesidad la parte subjetiva (elemento), necesita el conocimiento de la circunstancia peligrosa, y además la voluntad de eludir el peligro grave (Rodríguez, Ugaz, Gamero & Schönbohm, 2009, p. 78).

f. Derecho comparado

Sobre las distintas regulaciones en los cuerpos jurídicos penales, el jurista Enrique Bacigalupo (1996) menciona que:

El estado de necesidad ha merecido reconocimiento expreso en el derecho vigente (Código Penal argentino, art. 34, 3; Código Penal colombiano, art. 29, 5; Código Penal español, art. 8º, núm. 7; Código Penal mexicano, art. 15, iv; Código Penal venezolano, art. 65, 4), aunque con diferentes formulaciones (p. 128).

Los códigos penales mencionados regulan el estado de necesidad, pero cada uno con sus propias particularidades, porque se sabe la legislación de otros países difieren con las de otros países.

El Código Penal argentino en su artículo 3 inciso 34 regula el estado de necesidad justificante, figura que se da cuando se causa un daño menor para eludir un daño mayor. Si el agente está en la necesidad de comportarse de manera lesiva, y aquella lesión que cause no sea menor que el que elude, se estará ante un estado de necesidad disculpante; el comportamiento será reputado como antijurídico, pero no será culpable. En el homicidio no se puede justificar por estado de necesidad (Zaffaroni, 1981, p. 624).

g. Estado de necesidad agresivo

g.1. Definición

Sobre el estado de necesidad agresivo, el jurista Ivó Coca (2011) asevera que:

(...) se define al estado de necesidad agresivo como aquella situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “agresivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto ajeno a la fuente de peligro que amenaza, esto es, con status de tercero (p. 4).

Tiene que haber un ataque al bien jurídico (ataque por parte del auxiliante o del necesitado), es por eso que se denominado agresivo.

En esa misma línea, el jurista Felipe Villavicencio Terreros (2006) nos manifiesta que: (...) “El estado de necesidad agresivo se da cuando “el sujeto que obra en estado de necesidad ataca el bien jurídico de una persona no implicada para salvarse o salvar a otro de un peligro””(pp. 550-551); el ataque (con referencia al atacado) es lo que diferencia al estado de necesidad agresivo y defensivo (éste último está compuesto por la defensa).

Indicando la finalidad de la lesión, el doctrinario Armaza Galdós (s/f) asevera que: “Es la lesión a un bien (interés) jurídico ajeno, con la finalidad de impedir el menoscabo de otro u otros de mayor valía. Únicamente procede si no pudo ser evitado de otro modo” (s/p); Armaza asocia el estado de necesidad agresivo con el estado de necesidad justificante.

Por otro lado, el penalista Percy García Cavero (2019) manifiesta que: “(...) 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 (...)” (p. 631); para García Cavero la lesión no recae en el que produce el peligro, es decir no se puede hablar de un estado de necesidad agresivo cuando la acción necesaria recae en el sujeto que produce el peligro.

2.2.1.2. Estado de necesidad defensivo

a. Definición

Sobre el “estado de necesidad defensivo” uno de los más estudiosos (aunque hay otros connotado como: Baldó, etcétera) de esta figura, es decir Ivó Coca (2011) expresa que:

Es pacífico definir la situación de estado de necesidad defensivo como aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “defensivamente” en la esfera de intereses jurídicopenalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro que amenaza (...) (p. 4).

Lo stato di necessità difensivo se produce con una participación “defensiva”, ante una amenaza causada por un tercero, además dicha participación es ante este tercero. Se puede agregar lo esbozado por Michael Pawlik (2013), cuando menciona que: “(...) en el estado de necesidad defensivo la *persona del obligado solidariamente* es intercambiada (...)” (p. 15); hay trueque.

Continuando con las definiciones, en el ámbito nacional, el doctrinario Percy García Cavero (2019) asevera que: “(...) el estado de necesidad es defensivo cuando la acción realizada para eludir el peligro pesa sobre el que crea ese peligro de una forma que no califica como agresión ilegítima (...)” (p. 631); queda claro que la acción defensiva se realiza en contra del que origina el peligro.

Siguiendo en el plano nacional, el jurista Villavicencio Terreros (2006) expresa lo siguiente: “(...) En el estado de necesidad defensivo “el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción del estado de necesidad” (...)” (p. 550); al respecto cabe analizar ante que sujetos se realiza el estado de necesidad defensivo, porque es posible que se diga ante cualquier ser humano, o por el contrario es posible que se diga ante ciertas personas (esta aseveración merece disquisiciones).

Por otro lado, sobre el estado necesidad defensivo, el jurista Santiago Mir Puig (2016) manifiesta que:

Por esta vía también puede admitirse el estado de necesidad justificante del art. 20, 5o aunque el bien salvado no sea mayor que el lesionado cuando el peligro que da lugar a

la situación de necesidad proceda de la persona o cosa a la que se lesiona defensivamente (el llamado «estado de necesidad defensivo») (p. 481).

Para Mir Puig es dable el estado de necesidad justificante cuando se lesione un bien jurídico de mayor valía, esta manera de pensar de Mir contradice el postulado de que en el estado de necesidad justificante se sacrifica un bien jurídico de menor valor (de seguro se trata de una excepción o de un pensamiento contrario [de seguro que habrá otros motivos, de lo contrario se caería en la falacia del falso dilema]).

Teniendo en cuenta la ponderación y la exclusión de la justificación, refiriéndose a determinadas figuras penales y sobre todo al estado de necesidad defensivo, el jurista Luzón Peña (1994) manifiesta que:

Se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad o incluso de la acción de estado de necesidad por parte de quien posteriormente resulta necesitado excluye ya la justificación de la acción salvadora al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del necesitado (...) (p. 64).

La ponderación de intereses varía, si es que está presente una provocación planeada y con intención.

b. No hay regulación del estado de necesidad defensivo

En el Perú no existe regulación alguna sobre el estado de necesidad defensivo, es por eso que Armaza (s/f) afirma que: “(...) tal instituto no se encuentra previsto de manera expresa en el catálogo de eximentes del art. 20 de nuestro texto punitivo (s/p)”; la figura del estado de necesidad es una de las tantas instituciones jurídicas penales que no tienen regulación normativa (por lo menos en el Perú).

Siguiendo la misma línea, Percy García Caverro (2019) manifiesta que: “En nuestra legislación penal no existe una regulación expresa sobre el estado de necesidad defensivo (...)”

(p. 632); según otros es necesaria la regulación o positivización, porque en caso de que algún sujeto lo use en el terreno fáctico y quiera invocarlo, no podrá porque no hay norma alguna que pueda avalar dicho uso del estado de necesidad defensivo.

En otros países si se regula el estado de necesidad defensivo, es el caso de Alemania, que lo regula en su Código Penal y en su Código Civil.

c. Criterios de delimitación

Para que se conceptualice el estado de necesidad defensivo hay tres corrientes comunes en la doctrina (hay también otras corrientes que lo conceptualizan [es por eso que las corrientes que se presentan no son las únicas]). La primera corriente defendida por algunos es la de la “vinculación fáctica”, esta corriente defiende el simple requerimiento de un nexo fáctico, la respuesta ante el agente de quien proviene la amenaza, es un fundamento con suficiencia para poner deberes de tolerancia (con itnensificación) y dar justificación a intervenciones que dañan inclusive más de lo protegido. La segunda corriente es la de la “quasiresponsabilidad”, en esta corriente se buscan nexos de quasiresponsabilidad, toda vez que el nexo fáctico sin un pequeño grado de responsabilidad por la amenaza no sería apta la injerencia en estado de necesidad defensivo. La tercera corriente es la corriente de la “responsabilidad”, para esta corriente la imposición de un deber de tolerancia intensificado, única y exclusivamente puede fundarse sobre la infracción del principio de responsabilidad, debiendo ser la producción del riesgo que genera el peligro que amenaza objetivamente imputable a un comportamiento organizador (Coca, 2010, p. 6).

d. Circunstancias en las que no procede el estado de necesidad defensivo

Hay situaciones en las que no tiene procedencia el estado de necesidad defensivo, tales situaciones son: cuando no se realiza la acción (ejemplo: alguien con hipnosis agrede), cuando la acción del sujeto es atípica (ejemplo: agresión por aquella persona que actúa en error de tipo invencible), aclarándose que en estas circunstancias solamente uno puede argüir error de

prohibición. En cambio, si aquel que agrede lo hace en error de tipo vencible (imprudencia), ahí si es posible y procedente invocar y usar el estado de necesidad defensivo (Armaza, s/f, s/p).

De lo antedicho, puede surgir algunas críticas a modo de bosquejo, críticas que pueden entenderse mediante algún ejemplo, porque en la dogmática penal se trabaja mayormente en base a casos (no solo teóricamente [aunque el derecho en general es casuístico]), el caso es del hipnotizado que digamos ataca el bien jurídico vida del agraviado, y este agraviado no podrá hacer uso del estado de necesidad defensivo porque no es procedente; se cree que dicho pensamiento debe modificarse (en el caso concreto de la hipnosis). Además, con certeza no hay teoría alguna que explique de manera científica la hipnosis, no hay consenso.

e. Supuestos de ataques que son repelibles por el estado de necesidad defensivo

Se presenta a continuación un esquema temporal de las circunstancias que puede ser contrarrestadas mediante el estado de necesidad defensivo: agresiones de aquellos que actúan en error de comprensión culturalmente condicionado o error de prohibición, amenazas como consecuencia de ataques culposos, agresiones de aquellos que actúan en error de tipo vencible, agresiones de menores de edad, ataques de locos, ataques de ebrios, ataques de drogados, ataques de oligofrénicos (Armaza, s/f, s/p).

f. La concurrencia de elementos subjetivos en el estado de necesidad defensivo

Sobre el **elemento subjetivo**, arguyendo que es un tipo de legítima defensa el estado de necesidad defensivo, y además esgrimiendo que no debe concurrir el elemento subjetivo en el estado de necesidad defensivo para que haya exención, el doctrinario Armaza (s/f) afirma que:

Siendo el estado de necesidad defensivo, como pensamos, una modalidad de la legítima defensa, han de aplicarse las mismas exigencias; luego, ha de sostenerse que **no procede demandar ánimo alguno** para dejar exento de pena a quien se defiende de un

loco, de un menor de edad, de quien obra en error de prohibición o de quien arriesga nuestros bienes imprudentemente (s/p) [el resaltado es nuestro].

Para la doctrina mayoritaria no se requiere el elemento subjetivo en el estado de necesidad defensivo, pero eso no obsta a que pueda darse, por parte del agente que defiende, en alguna circunstancia o hecho peligroso.

Por otro lado, en el estado de necesidad justificante si se exige para la doctrina penal mayoritaria la concurrencia del conocimiento y voluntad.

g. El derecho civil y el estado de necesidad defensivo

En el *zivilrecht* (derecho civil) desde siglos hubo regulaciones sobre el estado de necesidad, en este punto específicamente sobre el estado de necesidad defensivo. Varios penalistas se han referido al estado de necesidad defensivo, especialmente alemanes, toda vez que en su ordenamiento jurídico civil (ejemplo: § 228 BGB) se ha regulado al estado de necesidad defensivo. Algunos de esos penalistas son: Edmund Mezger, Hans Welzel, *inter alia*.

En el Perú el estado de necesidad defensivo no tiene regulación alguna, a diferencia de Alemania, que no solo lo regula en el StGB sino también en el BGB; el BGB es el cuerpo jurídico que tiene aplicación para el ámbito civil.

h. La consideración del estado de necesidad defensivo de Jakobs

El Código Penal alemán en su § 34, así como el Código Civil alemán en su § 904 (determinada porción de este artículo) establecen que para la justificación el interés que se protege tiene más peso que el interés dañado; aquella condición solo se aplica en la situación en la que se participa en intereses de un sujeto que no tiene responsabilidad en la contienda, sin embargo, si el sujeto tiene responsabilidad en la contienda se invierte la proporcionalidad: aquel responsable de la amenaza tiene que dirimir dicha amenaza. Solamente se puede pedir una exención cuando para cumplir la obligación se debe de invertir más de lo que puede salvar; por consiguiente, el sujeto amenazado (o el auxiliante) por el mal todavía tiene la factibilidad

de tener una injerencia en los intereses del que tiene la responsabilidad dentro de lo necesario, mientras que se conserven hasta cierta medida las proporciones; el § 228 del Código Penal alemán tiene una regulación parcial de este contexto, es decir regula la injerencia en un objeto desde que es amenazada por un mal; el hecho de mencionar las injerencias en objetos ni las injerencias en el objeto peligroso pueden ser consideradas regulación minuciosa; con el estado de necesidad defensivo hasta se puede llegar a privar la vida de un sujeto (además cumpliendo otras exigencias). Solamente se da el estado de necesidad defensivo cuando el afectado de la participación tiene la responsabilidad del peligro, o sea el afectado tiene la obligación de dirimir la amenaza (y si no tiene la obligación es porque está privado de capacidad); el mayor valor pragmático estará acorde a las obligaciones derivadas de la intervención (con inclusión de las obligaciones de la vida de vínculo); por aquel principio de responsabilidad, se queda en duda la solución de las circunstancias de la denominada “perforación”. El vínculo externo con un ámbito de dominación, sin responsabilidad no motiva el estado de necesidad defensivo. Si el que sufre la amenaza por la circunstancia peligrosa es culpable de que dicha amenaza lo afecte (o un tercero dirige la amenaza al amenazado) para la injerencia en el objeto que es peligroso mandan las pautas del estado de necesidad agresivo, toda vez que falta la responsabilidad preponderante del titular del objeto. Así como sucede en la legítima defensa, en el estado de necesidad defensivo se permite la apología toda vez que la conformación del contexto organizativo del que tiene la responsabilidad sea un requisito de los efectos que se tienen que aguantar (ejemplo: no se permite la curación de una dolencia que fue originada por una conducta antijurídica de otro, privándole forzosamente este otro un órgano elemental para la sanación). D. En el estado de necesidad defensivo no delibera solamente la consecuencia de la ponderación de intereses, sino que también la vía usada debe de ser adecuada (Jakobs, 1997, pp. 520-521).

2.2.2. Causas de justificación

En primer lugar, es preciso señalar que el legislador ha establecido evidentemente una serie de tipos penales que describen ciertos comportamientos en abstracto que resultan ser perjudiciales, pues si se llegara a perpetrar generarían graves afecciones a la sociedad, por tanto, son obligados y sancionados por las barreras del Derecho Penal.

Es en ese sentido que además de describir situación que son lesivas para la sociedad y que merecen cierta sanción, también se establecen situaciones en las que, habiéndose afectado o puesto en peligro cierto bien jurídico protegido, dichos comportamientos resulten justificables y por ende en estricto no vendrían a ser considerados como delitos, porque la misma norma los exceptúan.

Es por ello que Hurtado (2005) señala que:

(...) las causas de justificación son normas permisivas. Prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. (p. 519)

Cabe resaltar que, cuando hablamos del delito en *strictu sensu*, tenemos que tener en consideración que será determinado como tal siempre y cuando se demuestre que esa conducta es típica, antijurídica, culpable y hasta punible.

Es por lo anteriormente señalado, que una conducta será reprochable penalmente siempre que se configuren los elementos señalados. Para el estudio en específico tenemos que tener cuenta la antijuridicidad de aquella conducta, y es preciso revisarla porque como se va señalando existen circunstancias en las que, a pesar de que una conducta se subsuma en un tipo penal determinado, aquella es tolerada por el Derecho Penal, por lo que se descarta su carácter antijurídico de la misma.

Es bajo esa misma línea que Gunther Jakobs tiende a definir a las causas de justificación como: “(...) motivos jurídicos bien fundados para realizar un comportamiento en sí prohibido; se trata de comportamientos aceptados socialmente como soportables en consideración a su contexto, (...)” (c.p. Nakasaki, 2017, p. 100). Es por ello que, al ser situaciones consideradas como aceptables por el mismo contexto, sin embargo, corresponde un análisis de las circunstancias para poder considerar la acción como lícita.

Asimismo, Villa Stein refiriéndose a las causas de justificación señala que son:

(...) conductas adaptativas, aceptables socialmente en vista de la situación de justificación en que concurren y conforme un particular estado social. La causa de justificación en el caso específico desvirtúa el indicio de antijuridicidad a que se había llegado con la realización del tipo, convirtiendo el hecho típico en algo lícito y justo. (p. 172)

En otras palabras, si bien es cierto podemos estar ante una conducta típica, estas conductas pueden ser dañosas para el bien jurídico protegido, pero su obrar está **excepcionalmente** justificado por el ordenamiento jurídico por más que se hayan trastocado o afectado como bien se vuelve a repetir “bienes jurídicos”.

2.2.2.1. Teoría predominante en el Perú

Como se iba señalando se ha puesto en manifiesto la insuficiencia de la teoría monista para justificar a todas las causas de justificación.

Por ello García (2012) señala que:

(...) 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.

La teoría predominante en el Perú es evidente que es la teoría pluralista porque está claro que fundamenta mejor a las distintas causas de justificación; es en ese sentido que es menester desarrollar básicamente ciertos principios que fundamentan a determinadas causas de justificación que serán cabe señalar desarrolladas en el apartado correspondiente.

Como se iba señalando el Perú adopta la teoría pluralista, entonces no existe un solo fundamento para explicar a todas las causas de justificación; en ese sentido dentro de algunos principios que los fundamentan tenemos al principio de responsabilidad, de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención y el de solidaridad.

Mediante el principio de responsabilidad se manifiesta que la víctima de la acción defensiva debe de asumir o soportar los estragos de la eliminación por su propia puesta acción dañosa; por otro lado, por el principio de definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención, refiere básicamente que la propia persona aceptó las consecuencias y administró sus intereses y por último por el principio de solidaridad se fundamenta al accionar que se realiza en interés de otras personas. (Villa, 2014, pp. 410-411)

2.2.2.2. Regulación normativa de las causas de justificación

Las causas de justificación se encuentran en el artículo 20 del Código Penal, sin embargo, en esta se encuentran mezcladas. Empero, la doctrina señala que las causas de justificación no están en el Código Penal (en adelante CP) en una suerte de *numerus clausus*, sino que se encuentran dispersas en todo el ordenamiento jurídico, es por ello que en este apartado se desarrollará cuáles son causas de justificación.

Al respecto de la regulación normativa de las causas de justificación dentro del ordenamiento jurídico peruano Bassino (2014) señala que: “(...) las causas de justificación se encuentran incluidas en el artículo 20 del Código Penal, conjuntamente con las causas de exclusión de la imputación personal y las causas de ausencia de acción, (...)” (p. 149). Es por

ello que, la discreción que se debe de guardar con respecto al artículo 20 del CC pues como se indica la autora citada, que en este se regula de forma mezclada no solo causas de justificación.

En primer lugar, cada causa de justificación será desarrollada en su apartado correspondiente. En ese sentido, tenemos a la legítima defensa que se encuentra en el artículo 20.3 del CP, que bajo su propio texto refiere que:

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

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Es así que con la legítima defensa se tratará de defender bienes jurídicos propios o de terceros, siempre y cuando concurren los requisitos antes descritos que desarrollarán posteriormente.

Seguidamente en el Código Penal del año 1991 se regula como causa de justificación al estado de necesidad justificante en el artículo 20.4. que se indica que:

El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.

Es así que el estado de necesidad justificante, trata de acuerdo al CP a defender un bien jurídico de cierta forma sacrificando otro de menor valor, de igual forma teniendo el medio empleado que sea adecuado para repeler el peligro. Y, esta es la más grande de las diferencias con el estado de necesidad exculpante pues, en este no se tratan de bienes jurídicos más importantes que otros, ergo, nos encontramos frente a bienes jurídicos de igual importancia, y cabe señalar que en este último caso se analiza en la categoría valorativa de la culpabilidad.

Asimismo, las últimas causas de justificación plasmadas en el CP las tenemos en el artículo 20 incisos 8, 9, 10 y 11; El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; el consentimiento y el último que es cuando el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

Finalmente, con respecto a lo que se señaló en un principio con respecto a que básicamente las causas de justificación que estarían en *numerus apertus*, sin embargo, con respecto a este postulado hay que guardar cierta discreción y considerar solamente los consignados en el CP, a pesar que un claro ejemplo de causa de justificación fuera del CP sea el consignado en el artículo 920 del Código Civil de 1984; habiendo hecho esa precisión.

Villavicencio (2006) indica que:

(...) las causas no son un problema específico del Derecho Penal sino del ordenamiento jurídico en general. Por tanto, el catálogo de causas de justificación es un catálogo abierto (*numerus apertus*), pues el número de causas de justificación no puede determinarse de forma definitiva. (p. 530-531)

Entonces, las causas de justificación no solo se pueden encontrar solamente dentro del Código Penal peruano, sino que, corresponde un análisis de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

2.2.2.3. Elementos objetivos y subjetivos

En el derecho, las normas jurídicas no se limitan en su estudio o interpretación solo teniendo en cuenta a aquellas normas prohibitivas o solamente a las permisivas; el estudio de las normas jurídicas debe de ser confrontándose ambas, es decir teniendo un estudio integral de la misma, y en el caso de la antijuricidad con mayor razón.

Por tanto, Fernández Carrasquilla señala que: “La antijuricidad de un hecho depende, en el derecho en general, de la correlación entre normas jurídicas prohibitivas y permisivas, y, en el específico campo del derecho penal, de la correlación lógica entre tipos de prohibición (tipos de injusto) y tipos permisivos (causas de justificación)” (c.p. Bramont-Arias, 2002, p. 269). La antijuricidad en ese sentido se determinará remitiéndose al ordenamiento jurídico, pues, pueda que exista una norma jurídica prohibitiva y una consecuente norma permisiva de la misma de carácter excepcional, que haga lícito dicho actuar que en un primer momento aparentaba ser antijurídico.

Es así que, uno de los elementos que se ha puesto en relieve dentro de la antijuricidad es su elemento subjetivo que refiere que aquella persona que obra bajo una causa de justificación, será necesario que aquella persona se dirija sabiendo que justamente está defendiendo cierto bien jurídico y afectando en consecuencia otro.

Hurtado (2005), refiere que: “La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, (...), en el [Nivel] subjetivo, con conocimiento de la situación justificante. Cuando éste sabe que actúa para proteger uno de sus bienes jurídicos comete un acto valioso y, por lo tanto, lícito” (p. 522). Por tanto, cobra relevancia el conocimiento de la situación

justificante como también los elementos objetivos, para que así, se puedan dar de forma válida las causas de justificación.

Es por ello que, Jescheck y Weingend (2014) señalan que: “El autor debe, más bien, reconocer la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado en el ejercicio de la autorización que se le otorga o en cumplimiento del deber que se le impone” (pp. 483-484). Es por ello que no basta con la realización objetiva de la causa de justificación, sino que además se requiere que la persona se dirija en ese sentido; es decir con el conocimiento de la situación excepcional que le faculta a trasgredir bienes jurídicos por otros, incluso se señala que basta que se tenga como probable la existencia de las circunstancias que ameritan defensa.

Ahora bien, en cuanto al elemento objetivo de la antijuricidad tiene que ver con la situación de peligro hacia un bien jurídico que amerita su solución mediante otra conducta que en sí estaría prohibida en un contexto diferente. Apunta García (2019) que: “Lo que las causas de justificación determinan es hasta cuándo el manteniendo de uno de los bienes jurídicos concurrentes puede generar un riesgo tolerado para el otro bien jurídico.” (p. 606)

Por último, en cuanto al nivel de afectación que se requiere para poder según una causa de justificación, lo cierto es que no se requiere una afectación directa *strictu sensu*, sino que se requiere una apariencia razonable de peligro hacia el bien jurídico; el ejemplo más claro es cuando una persona usa un arma de fuego, en ese caso cabría ya la posibilidad de una legítima defensa.

Es por ello que Villegas (2014), “(...) 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” (p.76). Entonces, el elemento objetivo referido a la situación de peligro o aparente peligro debe estar ligado evidentemente del elemento subjetivo referido al conocimiento de aquella situación justificante.

2.2.2.4. Causas de justificación y causas de inculpabilidad

Como se estuvo analizando hasta el momento se estudia las causas de justificación justamente para excluir la antijuricidad de una conducta típica; sin embargo, existe una figura similar y es en este apartado que se estudiará a las causas de inculpabilidad y su diferencia con las de justificación.

Para ello es preciso describir la finalidad de la misma teoría del delito, al respecto Villegas (2014) señala que: “(...) tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar -en los casos que se presenten- si están dados los presupuestos, generalmente aceptados, de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo; (...)” (p. 68). Es por ello que cada nivel valorativo de la teoría del delito es importante tener en cuenta; y considerando que cada uno de estos guardan estrecha y necesaria vinculación, pero lo cierto es que a lo largo de los años cada uno tuvo una diferenciación marcada y un desarrollo notable.

Ahora, ya habiendo hecho las precisiones necesarias es importante definir lo que son las causas de inculpación para distinguirlas como se dijo de las de justificación. Pero primero, para recordar las causas de justificación. Yvanovich (2014) señala que: “Las causas de justificación recaen exclusivamente sobre la antijuricidad del acto; no excluyen su carácter, sino que consideran que bajo determinadas condiciones estas no llegan a revestir una lesividad suficiente como para justificar la intervención del Derecho Penal” (p.172). Es en ese sentido, como señala la cita anterior las causas de justificación recaen o tendrán incidencia sobre la antijuricidad de la acción.

Sin embargo, cuando hablamos de las causas de inculpación o de exculpación son de acuerdo a Yvanovich: “(...) aquellas que recaen sobre esta capacidad de modo que evitan que quien realiza una acción típica y antijurídica pueda responder por no comprender la naturaleza delictiva de su acto” (p. 172). Es decir, las causas de exculpación van incidir sobre

la culpabilidad de la persona que realiza una conducta típica y antijurídica; porque en las causas de exculpación se verá si el agente pudo comprender o tuvo las condiciones necesarias para la atribución de su conducta, y, en consecuencia, ver si se puede hacer responsable de los actos cometidos o imputados hacia esta misma.

Por último, es necesario hacer una mención a una diferenciación que realiza Villavicencio (2006) sobre estas dos figuras, que el mismo autor señala que no es una diferenciación pacífica. Habiendo señalado esto, el autor referido indica que:

Una de las diferencias entre una causa de justificación y una causa de inculpabilidad está en que la justificación además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de inculpabilidad que solo impide la pena. (p. 531)

Entonces, las causas de justificación validan todo el acto, además de impedir la pena; cosa que no pasa con las causas de inculpabilidad que solo impide la pena como refiere el autor citado.

2.2.2.5. Consecuencias de las causas de justificación

Cuando se está inmerso dentro de una de las causas de justificación es más que claro que se levanta la imputación pues su habría cometido en protección de un interés superior, porque como se fue señalando se habría estado inmerso dentro de alguna norma permisiva que genera que dicha conducta sea lícita.

Sin embargo, se dice que no es la única consecuencia penalmente relevante pues como señala Villegas (2014) “la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada” (p.78). Es en consecuencia de ello que la persona que agrede no puede invocar o proceder con una legítima defensa, es decir renuncia a la utilización de otra causa de justificación, porque tiene la responsabilidad de soportarlo.

Por otra parte, como es evidente imposibilita poder sancionar como partícipes a los que hayan ayudado para la concretización de una causa de justificación. En realidad, porque al estar

amparado por una causa de justificación, es decir ante una conducta lícita se excluye evidentemente la existencia de algún ilícito penal, es decir no hay delito. Por tanto, querer hablar o aplicar principios como el de accesoriadad al caso de partícipes no irían bien, pues en principio, ni delito se habría cometido. (Villegas, 2014, p.79)

Villas Stein es claro en señalar que las causas de justificación son en sí prohibidas, pero que por alguna norma que con carácter excepcional declare a dicha situación y sus consecuencias como aceptadas; que además de ello tienes como consecuencias las siguiente:

1. Frente al acto justificado no se admite legítima defensa.
2. Verificada la causa de justificación **carece de objeto el juicio de culpabilidad.**
3. El beneficio de una causa de justificación se hace extensivo a los partícipes en aplicación del principio de accesoriadad limitada.
4. La extralimitación del acto justificado haría del exceso una antijuricidad, aunque nosotros planteamos por criterio de imputación objetiva una causa de atipicidad. (El resaltado es nuestro) (p. 409)

En cuanto a las consecuencias antes descritas es evidente como se señaló anteriormente en cuanto a las consecuencias de las causas de justificación, específicamente en el extremo en que el beneficio de acto justificado se extiende a los partícipes es casi irrelevante señalarlo, pues en este caso no se podría ni aplicar el principio de accesoriadad pues si no se ha de constituir ningún injusto penal en consecuencia es irrelevante hablar de participación.

Ahora volviendo en estricto a las consecuencias de la determinación en un caso de una causa de justificación tenemos a la más relevante que García (2012) señala como: “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.** (...) Sobre el afectado caerá un deber de tolerancia (...)” (El resaltado es nuestro) (p. 581). Es por ello que, la persona agresora cuya acción haya sido repelida por la misma persona afectada o por tercera no podrá

ejercer ninguna acción en contra de los mismos, es decir no podrá denunciarlas por trastocar sus bienes jurídicos.

Por otra parte, otra consecuencia lógica es que el juzgador estaría exento de verificar la culpabilidad. Ahora bien, si bien es cierto anteriormente se habló acerca que no se podría ejercer acción alguna en sede penal por lo menos; pues lo que es discutido a nivel doctrinario es si procedería por ejemplo en sede civil cierto resarcimiento en determinados casos.

Al respecto Villavicencio (2006) señala que:

(...) la conducta justificada excluye responsabilidad civil en el campo penal, que es una consecuencia del delito. Esto tiene validez para el Derecho Penal pero no necesariamente aplicable al Derecho Civil. (...) las causas de justificación solo toleran intromisiones en los bienes jurídicos a cuyo titular se refiere la proposición permisiva. En cambio, <<las lesiones de intereses de terceros jurídicamente protegidos son, por el contrario, básicamente antijurídicas aun cuando tienen lugar como consecuencia de una desviación de la acción permitida>>. (p.533)

Lo citado guarda gran relevancia, y ciertamente sigue siendo discutido; pues, la conducta que pudiera ser considerada como jurídica pudo haber ocasionado daños patrimoniales, los mismos que sí podrían ser resarcidos mediante los mecanismos civiles correspondientes.

De la misma forma, García (2016) “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” (p. 583). Evidentemente, subsiste este deber de no tolerar los costos de salvamento por lo menos cuando se está en el supuesto de estado de necesidad justificante.

Por ejemplo, una persona que ve en peligro su vida decide entrar a la fuerza a una casa, causando en este último, daños muy notorios; si bien es cierto el dueño de la propiedad tiene el deber de tolerar, pero no tiene el deber de asumir los costos de ese salvamento. Es decir que,

si bien es cierto que se puede liberar de alguna acción penal, pero lo cierto es que en sede civil podría ser demandado para resarcir el daño causado.

2.2.2.6. La legítima defensa

Una de las causas de justificación ciertamente muy discutidas por la dificultad de demostrar en algunos de sus requisitos es la legítima defensa. Como se fue señalando, la legítima defensa está regulado en el artículo 20 inciso 3 del CP, el mismo que señala lo siguiente: “El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, (...)”. Entonces, mediante esta figura se busca la defensa de bienes jurídicos y será válida si concurren los requisitos requeridos.

Asimismo, García (2012) refiere que:

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, (...). (p. 583)

Por otra parte, el fundamento casi de forma unánime es que el derecho no debe de ceder ante el injusto, teniendo dos bases de sustento a su vez a los dos siguientes principios: el de protección individual o de autodefensa y el de mantenimiento del orden jurídico. (Villavicencio, 2006, p. 535)

Asimismo, en el caso de la legítima defensa se diferencia del estado de necesidad en el aspecto en que la acción que trasgreda o amenace un bien jurídico sea justamente eso, una acción; y en consecuencia esa misma tiene que ser proveniente de una persona, ya sea que esta última esté amedrentando algún bien jurídico mío o de terceros.

Es por ello que Hurtado (2004) señala que:

La agresión debe ser obra de una persona física, siendo irrelevante que actúe por comisión u omisión. (...) Además, siendo ésta una acción, no es posible concebir la

legítima defensa respecto al peligro proveniente de un animal (salva que sea utilizado como un instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción en sentido jurídico penal (...). (p. 525)

Seguidamente, el mismo autor citado refiere que si aquella agresión no proviene de una persona estaríamos frente a un estado de necesidad, por lo tanto, la legítima defensa procede contra una agresión o amenaza por parte de otra persona necesariamente. Y, que a diferencia del estado de necesidad en la legítima defensa no se hace la pre ponderación de bienes jurídicos, pues puede ser cualquier bien jurídico individual, salvo algunas que la doctrina y la jurisprudencia a discriminado.

2.2.2.7. Requisitos

El mismo CP establece tres requisitos que debe de cumplirse para que se pueda estar frente a una legítima defensa, los cuales son: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente.

El primer requisito es que aquella acción de defensa se vea justamente en esa posición en el caso en que la acción que se pretenda repeler sea una de carácter ilegítima. Al respecto García () señala que: “La agresión consiste en la amenaza de un bien jurídico por parte de una conducta humana” (p. 584)

Asimismo, Peña (2011) señala que: “(...) concebimos como "agresión ilegítima": es todo acto (comisivo u omisivo) contrario al orden jurídico, por ende, antijurídico, es decir, tanto doloso como culposo, en ambas modalidades no se descarta el aspecto preventivo de la Legítima Defensa” (p. 670). Es así que la misma doctrina es precisa en señalar que aquella agresión ilegítima tiene que ser a su vez actual e inminente.

Con respecto al carácter actual de la agresión ilegítima se refiere a que la misma debe darse en una situación inminente, es decir cuando se está en ejecución de la agresión ilegítima, por tanto, no cabe legítima defensa si ya se hubiera consumado o cuando ni si quiera se hubiera

ejecutado la agresión contraria al orden jurídico. Empero, si existe un peligro potencial y actual como se dijo en capítulos anteriores sí procedería.

Es por ello que Hurtado (2005) señala que: “La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad de actos que permita calificarla de tentativa de un delito” (p. 529). Entonces, se requiere de un peligro concreto o por lo menos uno idóneo que ponga en manifiesto una posible afectación, y como señala el autor citado, no es necesario que sea de una intensidad superlativa.

Por otra parte, el siguiente requisito la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima; en otras palabras, el segundo requisito tiene que ver con la forma (conducta empleada y/u objetos de defensa) en cómo se llega a defender los bienes jurídicos.

García (2019) señala una cuestión algo complicada referido al límite en cuanto a este segundo requisito y en cuanto a este segundo requisito en análisis, lo que señala es 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 le produce al agresor. (...)” (p. 623). Sin embargo, no es un criterio que se pueda cumplir siempre, pues se debe tener en cuenta la misma gravedad por ejemplo del acto lesivo que se pretende repeler; y es que en muchos de los casos es difícil reflexionar sobre las consecuencias de la defensa, repito en casos especialmente en donde la agresión ilegítima es intensa y a veces sumamente peligrosa.

Seguidamente García (2019) refiere que:

Para determinar si el acto de defensa es idóneo para impedir o repeler la agresión, hay que tener en cuenta, entre otras circunstancias, la intensidad y la peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios disponibles para ejercer la defensa. (p.624)

Es mucho más lógico esto que se refiere, pues evidentemente cada situación es diferente, algunas de ellas son de tal gravedad que a veces con la legítima defensa lo único que pueda hacerse es trasgredir el bien jurídico “vida” de la persona agresora, porque como se dijo la situación generada por esta misma podía haber sido tan intensa y peligrosa, sumado a que los medios solo conllevaban a que indefectiblemente se dé ese resultado por parte del defensor.

Asimismo, el artículo 20 inciso 3 literal b) refiere un punto importante a tenerse en cuenta, el mismo señala que este requisito no se valora teniendo como criterio la proporcionalidad del medio que se usa para repeler, sino que se debe ser racional a las circunstancias y de los medios que disponga el defensor para su acción defensiva; en otras palabras, la respuesta defensiva debe de ser racional.

Por último, el tercer requisito es la falta de provocación por parte del que va a realizar la defensa; es decir que la misma persona no puede ciertamente generar a través de provocaciones hacia una persona las situaciones o acciones que se vayan a repeler con la legítima defensa.

Desde esa perspectiva Hurtado (2005) señala con respecto a este tercer requisito que: (...). De modo que la provocación consiste en excitar o enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero” (p. 541). Sin embargo, para la configuración de este requisito supone que exista falta de provocación suficiente; es decir que no sea de tal grado o magnitud que amerite excluir este requisito para la configuración de la legítima defensa.

Para terminar con el desarrollo de los requisitos el CP ha establecido el supuesto en caso no se llegará a configurar alguno de estos requisitos; es así que el artículo 21 señala que, en dichos casos sí existirá responsabilidad penal, pero que la pena que se vaya a imponer se disminuirá prudencialmente hasta los límites inferiores al mínimo legal como refiere el mismo artículo.

2.2.2.8. Estado de necesidad justificante

La regulación del estado de necesidad se en el artículo 20 inciso 4 que refiere básicamente que ante un peligro actual e insuperable podrá afectar otro bien jurídico de menor valor que el que se pretende defender. Por lo tanto, como iba diciendo anteriormente cuando en este caso no se está ante la presencia de una acción por parte de tercero, sino que nos encontramos ante cualquier otra amenaza.

Por otra parte, es preciso hacer la distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, pues si bien es cierto el exculpante está regulado en el inciso 5 del artículo 20; lo cierto es que se tiende a confundir estas dos instituciones que tienen efectos muy marcados.

En ese sentido García (2019) refiere que:

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). (p. 630)

Es, por tanto, que en sentido estricto la valoración del estado de necesidad justificante se valora dentro de la antijuridicidad mientras que el estado de necesidad exculpante se verá en el análisis de culpabilidad como supuesto de inexigibilidad de otra conducta como el anterior autor citado señala.

Asimismo, Peña (2004) siguiendo la distinción con el estado de necesidad exculpante señala que:

El Estado Justificante es el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto (el momento del desvalor queda excluido); en cambio, el Estado Inculpable, al tratarse de bienes del mismo valor, no podrá ser considerada como

“ilícita”, pero, por razones de prevención especial y por criterios políticos-criminales el Estado renuncia a la imposición de una pena. (p.264)

Otra distinción es que en el estado de necesidad justificante existe una protección a un bien jurídico de mayor valor que otro de menor valor, sin embargo, en el caso del estado de necesidad exculpante, inculpante o disculpante los bienes jurídicos son de igual valor, es por ello que Peña Cabrera refiere justamente lo que se citó anteriormente.

Habiendo hecho otra vez esta distinción, Peña (2004) define al estado de necesidad justificante como: “como aquella justificación, que elimina el injusto penal, que se deriva del conflicto de bienes jurídicos de orden superior, por ser considerado de mayor relevancia por la sociedad y el orden jurídico” (p.264). Aparte de concurrir justamente esta protección a un bien jurídico superior el CP señala que también se requiere que se emplee un medio adecuado para repeler el peligro.

Por último, para englobar ciertas cosas señaladas, Pérez (2014) define al estado de necesidad justificante como:

(...) es un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. El agente se ve “obligado” a elegir una conducta típica que lesiona el bien jurídico de menor valor. (p.128)

Finalmente, dentro de los requisitos para que se pueda configurar tenemos básicamente a seis los cuales son: estado de necesidad, interés preponderante, acción justificada, elemento subjetivo, ausencia de provocación y ausencia de obligación de sacrificio.

2.2.2.9. El que obra por disposición de la ley

En determinadas ocasiones el ordenamiento jurídico, la misma ley directamente establece supuestos en donde una acción no constituye un hecho delictivo, es decir si no estaría la licitud dispuesta por ley, éstas serían consideradas como delitos.

Pérez (2016) lo define como: “(...) El obrar por disposición de la ley o por mandato de la ley, consiste en la acción lesiva de bienes jurídicos fundamentales que realiza la persona de manera justificada al actuar en cumplimiento de un deber establecido en la ley” (p.200). Cabe hacer una acotación, pues a diferencia de la obediencia debida y el que obra por oficio o cargo; esta causa de justificación guarda como fuente justificadora a la misma ley, en cambio en las otras se recurre a reglamentos internos, costumbre y demás, de acuerdo a la naturaleza de cada una.

El artículo 20 inciso 8 del CP, establece tres supuestos en donde se elimina la antijuricidad de la conducta, esas mismas son: el que obra por disposición de ley, en ejercicio de un derecho y en ejercicio de un cargo u oficio. Lo que se verifica en estos casos es si en el ejercicio de aquel actuar se estaba bajo el amparo de alguna ley que autorizara dicha afectación al bien jurídico

Como señala Hurtado (2005): “Este principio resulta una exigencia lógica: sería absurdo reconocer, por un lado, a una persona la libertad de actuar a nombre de un interés determinado y, por otro, calificar la actividad que desarrolla de ilícita” (p.575). Es correcto señalarlo pues, estas causas de justificación dependen o están subordinadas a que exista una ley que aprueba o ampara la acción que a su nombre se realicen; y pues, sería una contradicción que la misma la sancione; es por ello que en el principio de este trabajo se señaló que las causas de justificación son excepcionales.

Por último, Peña (2004) diferencia a esta causa de justificación con la obediencia debida en los siguientes términos: “El obrar por disposición de la ley se diferencia de la Obediencia Debida, en virtud de que, en aquél, es inexistente la subordinación a un superior, sino que emana directamente del ordenamiento jurídico” (p. 270). Entonces, esta causa de justificación tiene como fuente directamente a una ley como eximente de antijuricidad, por tanto, el

conocimiento de la misma ley que ampara el comportamiento debe de ser un elemento subjetivo implícita a esta causa de justificación.

2.2.2.10. El que obra en ejercicio de un oficio o cargo

El ordenamiento jurídico muchas veces faculta que ciertas personas en cumplimiento de su cargo u oficio pueden afectar legítimamente ciertos bienes jurídicos, uno de los casos más comunes es el de los policías que en ejercicio de sus funciones detiene a una persona que ha cometido un delito en flagrancia.

Al respecto se señala que la ausencia de antijuricidad en esta causa de justificación responde a que existen determinados intereses que llevan a permitir el hecho; los mismos que evidentemente entran en conflicto con los bienes jurídicos protegidos penalmente; es en ese sentido que en esos casos se resuelve por la norma no penal en favor del deber o derecho; y en este caso son aquellos procedentes de un oficio o cargo que cuenta la persona que realice al momento de la realización de la causa de justificación. (Mir, 2008, p. 482)

Hurtado (2005) realiza cierta distinción entre oficio y cargo de la siguiente manera: “(...) por <<cargo>> debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario (*stricto sensu*) como a un empleado, y por <<oficio>> toda actividad económica además de las que se requieren para su ejercicio una licencia” (p. 587). Ahora bien, se tiene que comprender que, si bien en el caso de los cargos muchos de ellos tienen una regulación positiva, o sea, tienen procedimientos especialmente delimitados, establecidos muchos de ellos por ejemplo en el ROF, MOF u otro; sin embargo, en el caso de los oficios tendrán que verse mucho el tema consuetudinario.

Sin desconocer la realidad del país en donde la libertad de trabajo es un derecho constitucionalmente reconocido, no se puede desconocer justamente que las personas se despeñen en el ámbito en el que mejor les parezca (de forma lícita es evidente) en donde muchos de los oficios no tienen regulación específica de sus actividades; sin embargo.

Como señala Hurtado (2005): “Esto no significa, sin embargo, que se descuiden las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad pública. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente” (p. 591)

Es por ello que, no por el hecho que se esté en el desempeño de un cargo, oficio y hasta profesión se vaya justificar todo; siempre aquellas personas deberán de actuar de la forma más diligente que puedan y por ejemplo en caso de los cargos, respetar sus competencias determinadas, que evidentemente responde a la diligencia debida en la actuación de su trabajo que se debe de tener.

2.2.2.11. La obediencia debida

El fundamento de esta causa de justificación reside en el principio de autoridad, es decir que, que las personas que en una relación de dependencia jerárquica la persona tiene el deber de realizar ciertos actos encomendados por la autoridad correspondiente y competente. Con respecto a ello Bramont-Arias (2019) señala que: “Una persona en virtud de obediencia debida, a los efectos justificantes en el campo punitivo, cuando realiza un acto ilícito cumpliendo órdenes recibidas de un superior jerárquico” (p. 291).

Es claro que esta causa de justificación cuenta con ciertos requisitos los cuales son según Peña Cabrera (2004):

- a) Relación de dependencia jerárquica entre la autoridad que ordena y el que obedece,
(...)
- b) La orden debe referirse a las relaciones regulares entre el superior y el subordinado, y dentro del ejercicio de las funciones competenciales del primero.
- c) Competencia del subordinado para cumplir el acto ordenado por el superior; y,

- d) La orden debe ser expresa y presentarse con las formalidades legales que le son inherentes. (...). (pp. 285-286)

La obediencia debida como una causa de justificación tiende a ser muy discutida en el supuesto en que si dicha orden resulta ser obligatoria si es manifiestamente antijurídico, es decir si se pueden ir en contra de dicha orden injusta, por tanto, se puede llegar a preguntar si efectivamente se pueden revestir bajo esta causa de justificación en aquellas situaciones.

Muñoz Conde señala con referencia a la valoración de la validez de la orden que: “(...) será el funcionario, pero, dentro de cierto margen, **no detentará pues un amplio margen de discrecionalidad** porque ello implicaría una paralización continua de la funcionalidad operativa de la Administración Pública. (...)” (El resaltado es nuestro) (c.p. Peña, 2004, p. 287-288).

Lo anteriormente fue señalado pues, existe discusión si es que se debe de considerar como causa de justificación al cumplimiento de una orden antijurídica o como una causa de exculpación. Y, nos aunamos a lo que señala García (2019): “(...) el cumplimiento de la orden ilícita emitida por una autoridad competente será preponderante y, en consecuencia, justificará su obediencia, si es que lo que pone ilícitamente en riesgo resulta de escasa gravedad.” (p.656)

Por tanto, se deberá de seguir con el cumplimiento debido de aquello que es emanado de una autoridad en ejercicio de sus funciones confiando en el actuar y preponderancia de su mandato; sin embargo, cuando se conoce la magnitud de su ilicitud no cabría posibilidad lógica de encuadrarlo dentro de una causa de justificación.

2.2.2.12. El cumplimiento del deber policial o militar

Es sin duda una de las causas de justificación más lógicas que se vienen a la mente, pues, lógicamente tanto los personales policiales y militares se ven en la necesidad muchas veces de transgredir bienes jurídicos cumpliendo su deber, y estos en aras de la protección

general; sin embargo, estos mismos no deben de ser desmedidos como ninguna de las causas de justificación.

El artículo 20 inciso 11 del CP señala que: “El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte “. Ambas instituciones son las principales que luchan contra la delincuencia y la defensa nacional respectivamente, y sumado a que en las dos las relaciones jerárquicas son manifiestamente relevantes considerar una causa de justificación de este tipo.

Por otro lado, Pérez (2016) refiere que este inciso no se trata de una causa de justificación ni de irreprochabilidad, sino que se trata de un supuesto atipicidad; en ese sentido señala justamente lo siguiente:

La verdadera naturaleza del artículo 20.11 del Código Penal es la de una causa de atipicidad objetiva (ausencia de imputación objetiva). Por lo que, la actuación en el marco del cumplimiento del deber es un elemento normativo que está en relación directa con la creación de un riesgo permitido o con el hecho de que la lesión que se causa al bien jurídico está fuera del ámbito de protección de la norma penal. (p. 325)

Sin embargo, contradicen a esta postura señalando que sí existe una tipicidad objetiva, por ejemplo, cuando matan a una persona para proteger a un tercero, en ese caso lo que correspondería evaluar es si aquel efectivo estuvo en cumplimiento de sus funciones, por tanto, es menester evaluar si constituye su conducta en antijurídica o no. (Sánchez, 2020, p.39)

Mucho se discute acerca de este artículo 20 inciso 11 pues a pesar que sea correcta lo que en el fondo trata de enfocar, pero lo cierto es que cae en una repetición ciertamente innecesaria pues para eso existe el inciso 8, que cumple con el mismo propósito y además que también remite a normas extrapenales.

2.2.2.13. El consentimiento

De la misma forma en el artículo 20 inciso 10 se establece que se estará exento de responsabilidad penal el que actúa con consentimiento válido del titular del bien jurídico que evidentemente debe de ser de libre disposición.

En ese sentido Feuerbach señala que:

“(...) el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit iniuria*. La acción adecuada al permiso solo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado. Por el contrario, estando el titular privado del derecho de arbitrio libre o siendo este incapaz para disponer libremente de sí mismo o de lo suyo, el permiso carecerá de eficacia jurídica”. (c.p. Yvancovich, 2014, p.173)

Entonces, en esta causa de justificación la persona deberá de estar premunida del consentimiento de otra titular del bien jurídico; y cabe resaltar de aquel que sí puede disponer. Por ello es que, se debe de tener especial cuidado en la capacidad de la persona y además de la oportunidad en que presta su consentimiento.

Sin embargo, el análisis está además en analizar si el bien jurídico es disponible o no; en primer lugar, la definición de bien jurídico según Roxin es: “(...) son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (c.p. Yvancovich, 2014, pp. 185-186). Entonces, si los bienes jurídicos son de tal importancia es debido identificar al menos el criterio para diferir cuándo se está ante uno de libre disposición de uno que no lo es.

Los bienes jurídicos podrán ser disponibles siempre que no amedrenten o no exista un interés general de por medio; este mismo interés podrá estar determinado por el mismo Estado y es cuestión de un análisis de forma particular, sin embargo, lo que debe de quedar claro es que el interés superior por ejemplo el estatal no puede ser dispuesto por un particular, el más

claro ejemplo es en el caso en el que se pretenda disponer de la vida de una misma en el sentido en que se faculte o dé el consentimiento para que acabe con la misma; bajo la concepción antes indicada sería imposible disponer de ese bien jurídico. (Yvancovich, 2014, p.187)

2.2.2.14. Causas de justificación en la jurisprudencia peruana

Dentro de la aplicación dentro de los tribunales nacionales como siempre, existen criterios diferentes, que poco a poco se pretenden uniformizar a través por ejemplo de acuerdos plenarios o precedentes vinculantes. Es así que el acuerdo plenario N° 05-2019/CJ-116 establecieron como criterio doctrina legal el considerando 52 y 60 de dicho acuerdo plenario, que para efecto del presente estudio el primer considerando señalado guarda mayor importancia.

La eximente de obrar en cumplimiento de un deber no comprende los tratos inhumanos o degradantes, prohibidos por la Constitución Política e internacionalmente, pues suponen un atentado grave contra la dignidad de la persona, por lo que para apreciarse esta causa de justificación el agente además debe actuar con el ánimo o voluntad de cumplir su deber. (...)

Es así que, se establece que en esta eximente de obrar en cumplimiento de un deber no se puede ejercer actos que atenten gravemente contra la dignidad humana; aunque evidentemente el acuerdo tuvo su enfoque en cuando al deber y estándares usados por parte de los efectivos policiales en cuanto al uso de la fuerza. Asimismo, en el mismo considerando se señala que la violencia sea la menor posible y que se usen medios menos peligrosos, en consecuencia, se busca la menor lesividad posible.

Por otra parte, es común también toparse en la jurisprudencia con legítimas defensas imperfectas, es decir con aquellas que no revisten de todos los requisitos señalados.

Por ejemplo, en R.N. número 4777-1997, data 40 000, GJ

La conducta desplegada por el acusado se ha producido en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad, (...); existiendo sin embargo una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado un arma de fuego contra sus atacantes, quienes se encontraban desarmados y eran superiores en número. (c.p. Villavicencio, s.f., pp.378-379)

Es claro que se trata de un recurso antiguo, sin embargo, el fin era demostrar que ya desde muchos años atrás dentro los tribunales eran discutidos los requisitos de la legítima defensa, siendo tal vez esos casos muy sonados no solo a nivel jurídico sino, también social por lo injusto que parece. Sin embargo, la legítima defensa imperfecta se da con cierta frecuencia hasta la actualidad.

Por último, con relación a lo que también se iba señalando con respecto a la regulación del artículo 20 inciso 11 que resultaba redundante porque este mismo se subsumía dentro del inciso 8. El Tribunal Constitucional tuvo su pronunciamiento al respecto en el expediente N° 00012-2008-PI/TC- Lima, en el cual señala básicamente lo siguiente:

Lo dispuesto en el inciso 11) del artículo 20° del Código Penal, añadido por el dispositivo impugnado, no es inconstitucional, tanto más cuando como ha quedado señalado, es una reiteración y hace una precisión al contenido del inciso 8) de la misma norma.

Lo que el Tribunal Constitucional afirma es que si bien es cierto sí es un artículo que ciertamente es repetitivo, pero resalta la labor del legislador ordinario en volverlo a considerar para poner mayor énfasis en la actuación que realizan los agentes policiales y los militares; sin embargo, recalcan que no es que se les esté absolviendo de procesos o investigaciones en su contra, al contrario señalan que sí tendrán un proceso en donde respetándose todas las garantías debidas (como en todo proceso) se pueda demostrar si éstos actuaron bajo el amparo de esta causa de justificación.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

Los conceptos claves para comprender mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el Diccionario Jurídico de Lengua Española, el Diccionario de la Real Academia Española, Diccionario Jurídico novena edición (2017) y Valleta Ediciones-2009.

Los conceptos claves para comprender mucho mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas y el Diccionario Jurídico de Chanamé Orbe.

- **Antijuridicidad:** Elemento esencial del delito, cuya formula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho (Cabanellas, 1993, p. 26).
- **Causa de justificación:** Precepto penal que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, sea lícita (Chanamé, 2012, p. 139).
- **Culpabilidad:** Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigirle la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal. (v. Inculpar.) (Cabanellas, 1993, p. 86).
- **Delito:** Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa (Cabanellas, 1993, p. 93).
- **Inimputable:** Es el sujeto activo del delito, que no puede imputarse el hecho delictivo, por diversos motivos. Es decir, no le alcanza las consecuencias penales. Puede darse por minoría de edad u otras circunstancias (Chanamé, 2012, p. 343).
- **Legítima defensa:** Causa o circunstancia eximente de la responsabilidad criminal: la de más arraigo en el Derecho Penal, y la menos discutida en teoría, salvo su redacción

técnica. Constituye una derogación de la justicia por la propia mano, ante la necesidad de actuar directamente cuando el ataque compromete de tal modo los intereses, que sólo la reacción propia puede evitar el mal o su agravación. Muy certera y lacónica es la definición dada por Soler: “la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”, que se adapta a los textos positivos y comprende de las tres especies capitales de la legítima defensa: la propia, la de parientes y la de extraños (Cabanellas, 1993, p. 183).

- **Agresión ilegítima:** “Actuación que afecta o puede afectar la vida, integridad física, bienes o derechos de una persona, que puede justificar una reacción que pueda valorarse como eximente de legítima defensa.” (Diccionario panhispánico del español jurídico)
- **Causas de justificación:** “Circunstancia eximente [de responsabilidad penal] que por determinadas razones (de ponderación de intereses en conflicto) excluye la antijuricidad o ilicitud de la conducta en principio típica, que afectando relevantemente a un bien jurídico realiza en su parte objetiva el tipo positivo legal, indiciario de la antijuricidad. Se denominan también causas de la exclusión de la antijuricidad o de exclusión del injusto o ilícito.” (Diccionario panhispánico del español jurídico)
- **Estado de necesidad:** Son estados de peligro que originan o permiten repelerlos con consecuente exención de punibilidad, en los supuestos en que se cause daño a un bien jurídicamente protegido, a fin de evitar daño a otro bien de mayor o igual importancia, propios o de terceros. (Ossorio, s.f., p. 393)
- **Estado de necesidad justificante:** Figura jurídica consistente en el peligro o estado de necesidad que permite la afectación de algún bien jurídico penalmente tutelado de menor importancia, para tutelar otro de mayor jerarquía, por parte de un agente. (Villavicencio, p. 242-243)

- **Estado de necesidad exculpante:** “El estado de necesidad constituye una circunstancia eximente que excluye la responsabilidad penal. Es una situación de peligro grave, actual o inminente (y no causada o al menos no dolosamente por el agente) para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno [del mismo valor].” (Pérez, 2016, p. 149)
- **Legítima defensa:** “Causa de justificación que reviste a los ciudadanos, del derecho a repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos personalísimos, siempre y cuando estas agresiones sean reales, inminentes y no provocadas por quien ejerce la acción defensiva, necesarias para fortalecer la vigencia efectiva del orden positivo y el fin preventivo de las normas jurídico-penales.” (Peña, 2011, p. 663)

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA

Pensar en un método general para el desarrollo de la presente investigación no ha sido una tarea sencilla. Esto se debe a que, si estuviéramos en una ciencia formal como la matemática o la economía, podríamos usar métodos científicos formales. Sin embargo, el hecho de que el derecho no sea una ciencia forma ni natural, implica que este recurra a métodos no convencionales en la investigación. Este es el caso del método hermenéutico que es el método que nosotros hemos utilizado. Este método, de acuerdo a Gómez Adanero y Gómez García (2006): “(...) no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203).

Lo anterior ilumina nuestro caso, puesto que ya no necesariamente caeremos en el sesgo de que un trabajo de investigación deba ser rigurosamente objetivo. En cambio, la hermenéutica permite que condiciones subjetivas se inmiscuyan en el trabajo. Por esto, aportamos información sobre las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo.

Ya ubicados en un contexto mucho menos rígido para la utilización de la hermenéutica, tenemos que admitir que gran parte del derecho se halla regulado por leyes, por ende, como método específico principal tenemos que recurrir a la exégesis, que es el método encargado de identificar la voluntad de la ley (Miró-Quesada, 2003, 157).

Pero puede resultar que la exégesis no sea suficiente, o peor aún, necesaria. En estos casos, será pertinente tener un método contingente, el mismo que será el método sistemático-lógico, que identifica al derecho como un unísono y no aísla sus componentes de manera independiente (Miró-Quesada, 2003, 157). Ambas interpretaciones serán de

utilidad para determinar la relación entre las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo.

3.2. TIPO DE ESTUDIO

Tenemos que señalar que la presente tesis es de tipo básico, porque su tarea es identificar cuál es el contenido de las variables de estudio. No nos preocupamos pues por identificar una aplicación directa en la realidad, sino porque la tesis pueda en efecto entender el fenómeno de estudio (Carrasco, 2013, p. 49).

La investigación, al profundizar sobre la incidencia las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo, todo ello, para aclarar y profundizado sobre los alcances de esas dos variables.

3.3. NIVEL DE ESTUDIO

Ya teniendo en cuenta que la metodología de investigación es extensiva a sus propios criterios, debemos señalar que las tesis explicativas son aquellas explican el cómo influyen los elementos fundamentales (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), razón por la que recurrimos a este nivel de investigación observar la influencia de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo.

Además, esta llega a ser una tesis explicativa puesto que trata de explicar la influencia de un concepto que antes no estaban involucradas para deteriorar su alejamiento doctrinario y ser eficientes en el descubrimiento de nuevas verdades jurídicas, a través de conocer de qué manera se influyen.

3.4. DISEÑO DE ESTUDIO

La tesis, además, ostenta un diseño de observación, razón por la que en ningún momento de la tesis se ha intentado experimentar con las variables de estudio. Una tesis observacional es contraria a una tesis experimental en la que se puede manipular el objeto de estudio de la manera que mejor convengamos (Sánchez, 2016, p. 109).

En el caso de nuestra investigación en específico, nos encontramos en un modelo en el que poco importa la experimentación. No queremos saber qué pasa si se flexibiliza el matrimonio entre menores, sino dar argumentos sólidos por los que este debe ser un derecho reconocido y protegido mediante criterios objetivos mediante la observación.

Por todo lo mencionado, el diseño es descriptivo que se adecua más es el de una investigación es la de la teoría fundamentada, que según explica Strauss y Corbin citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Así, la investigación comenzó recolectando datos de información de diversos textos doctrinarios y normativos a fin de conjeturar y formar una teorización con los conceptos de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo.

3.5. ESCENARIO DE ESTUDIO

La investigación al ser cualitativa y utilizar uno de los métodos propios del derecho, esto es de analizar la norma jurídica y observar si está acorde a una realidad social y legislativa, pues el escenario constituye el mismo ordenamiento jurídico peruano, ya que de allí es de donde se va a poner a prueba su consistencia e interpretación acorde a la Constitución.

3.6. CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS O FENÓMENOS

Como ya se ha advertido, la investigación al ser de enfoque cualitativo y tener una modalidad específica dentro de la rama del Derecho, la investigación propositiva jurídica, lo que se está analizando son las estructuras normativas y también las posturas doctrinarias referidas a los conceptos jurídicos: las causas de justificación y el estado de

necesidad defensivo, a fin, de saber si existe una influencia o no y poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano.

3.7. TRAYECTORIA METODOLÓGICA

La trayectoria está referida al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, es decir, a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico, para ello, explicaremos grosso modo.

En orden a la naturaleza de la investigación se va a emplear como método de investigación la hermenéutica jurídica al analizar ambos conceptos jurídicos de estudio, teniendo por ende como instrumento de recolección de datos a la ficha (bibliográfica, textual y de resumen) tanto de las causas de justificación y el estado de necesidad defensivo; así, al estar orientado a un nivel explicativo, se analizarán las características de ambos conceptos jurídicos para observar su nivel de relación, para finalmente emplear el procesamiento de datos a través de la argumentación jurídica, para así poder responder las preguntas planteadas.

3.8. MAPEAMIENTO

La investigación al ser de corte cualitativo y de análisis documental, no existe una población empírica en sentido estricto para aplicar instrumentos de recolección de datos empíricos o en la realidad social, pero sí instrumentos para procesar y recolectar datos para un análisis documental en base a las categorías siendo de la siguiente manera:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
las causas de justificación	Estado de necesidad agresivo.
	Estado de necesidad defensivo.

estado de necesidad defensivo	Acción de defensa.
	Situación de defensa.
	Conocimiento de la situación de defensa.

3.9. RIGOR CIENTÍFICO

El rigor científico esta denotado a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de estudio y por sobre todo si la divulgación de dichos datos va a vulnerar su derecho a la intimidad; sin embargo, para el caso de la presente investigación, no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada, porque dicha información es publica, por lo que, cualquier interesado puede analizar y corroborar, asimismo, lo que importa para éste tipo de investigación es la consistencia y coherencia de los argumentos, es decir, que cumpla los principios de la lógica jurídica: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.

3.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.10.1. Técnicas de recolección de datos

La investigación ha utilizado la revisión de documentos para poder, a partir de estos, extraer información suficiente para probar nuestro caso. En este sentido, los textos doctrinarios serán los que ayuden a dilucidar nuestro fenómeno de investigación. La importancia del procedimiento cognoscitivo al momento de clasificar la información necesaria y la información no tan imprescindible es fundamental para que esta clasificación logre sus fines, mediante una adecuada teorización de conceptos (Velázquez & Rey, 2010, p. 183).

3.10.2. Instrumentos de recolección de datos

Además, la tesis tuvo como instrumentos para la recolección y clasificación de los datos mencionados al uso de fichas de todo tipo: fichas textuales, de resumen y bibliográficas; para que se logre satisfacer intereses creativos en el marco teórico con información suficiente de los documentos de la más alta calidad.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno

El objetivo uno ha sido: “Identificar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO.- En cuanto, al estado de necesidad defensivo, resulta indispensable definir como el escenario de necesidad individual frente a la amanzana real e inminente de una fuente de peligro que puede irrogar daño sobre los bienes jurídicos tutelados, todo ello, para garantizar la salvaguarda del interés amenazado, para ello, se requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “defensivamente” en la esfera de intereses jurídico penalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro, la acción realizada para eludir el peligro pesa sobre el que crea ese peligro de una forma que no califica como agresión ilegítima; queda claro que la acción defensiva se realiza en contra del que origina el peligro, por ello, no resulta importante la figura del tercero con el deber de tolerancia.

SEGUNDO.- En el estado de necesidad defensivo, el sujeto que realiza la acción de defensa, se centra en la neutralización de una fuente de peligro que representa una a el estado de necesidad defensivo amenaza real, actual e inminente, dicha fuente de peligro tiene su origen en la víctima de la acción del estado de necesidad, dado que, la acción de defensa se centra en el empleo del medio adecuado frente al peligro actual e insuperable, por tanto, resulta cuestionable la existencia del tercero con el deber de solidarizarse, dado que, la fuente de peligro es un objeto, al respecto cabe analizar ante que sujetos se realiza el estado de necesidad defensivo, porque es posible que se diga ante cualquier ser humano, o por el contrario es posible que se diga ante ciertas personas.

TERCERO.- La situación de necesidad se establece en base a la existencia de una fuente de peligro, la misma, que debe de ser repelida, por ende, la acción de defensa debe de consistir en la realización de un acto de neutralización o eliminación del peligro, por ello, se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad ya la justificación de la acción salvadora al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del necesitado, la ponderación de intereses varía, si es que está presente una provocación planeada y con intención.

CUARTO.- Dentro del ordenamiento jurídico penal no existe regulación alguna referente al estado de necesidad defensivo, tal instituto no se encuentra previsto de manera expresa en el catálogo de eximentes del art. 20 de nuestro texto punitivo, este artículo detalla las causas de justificación y los eximentes de responsabilidad penal, siendo que el estado de necesidad es reconocido como una causa de justificación por la doctrina nacional e internacional no se encuentra reconocida por la legislación nacional, la figura del estado de necesidad es una de las tantas instituciones jurídicas penales que no tienen regulación normativa por lo menos en el Perú.

QUINTO.- Por último, se señala que el fundamento de las causas de justificación no fue homogéneo. En un primer momento se guardaba como fundamento la retribución del mal causado, sin embargo, ahora existen una doble fundamentación los cuales son: la protección de los derechos individuales y la defensa del ordenamiento jurídico, por cuanto el Derecho no tiene por qué ceder ante lo ilícito.

SEXTO.- Mucho se ha dicho acerca del fundamento de las causas de justificación pues, se ha advertido que la labor del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos; sin embargo, en este caso no se los protege en sentido estricto, sino que se legitima justamente para lo contrario. Es menester señalar todo lo anterior, porque justamente la doctrina ha

manifestado que el fundamento (su explicación) debe de recaer en aquella renuncia a la protección de los bienes jurídicos en ciertos casos.

SÉPTIMO.- En un primer momento, el fundamento de las causas de justificación residía en la acepción ontológica que la determinaba como un proceso de ponderación que reconoce la primacía de ciertos intereses especiales frente a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, sin embargo, el fundamento anteriormente citado como señala también el mismo autor es poco adecuado considerando las diferentes causas de justificación.

OCTAVO.- Es por ello, que no se puede recurrir a un único fundamento para poder sustentar a las causas de justificación, es por ello que mayoritariamente se tiene en consideración que múltiples son los fundamentos, y especial relevancia guardan por ejemplo el principio del interés predominante, solidaridad y autonomía o responsabilidad.

NOVENO.- Asimismo, cabe señalar que si bien es cierto la persona se ve prácticamente obligada a la afectación de los bienes jurídicos, y es cierto también que el derecho no debe ceder ante el injusto como bien refiere aquel aforismo de cuño kantiano basado en los imperativos categóricos. Así que, teniendo cierto grado de análisis las personas realizan muchas veces acciones típicas, pero que en muchos de los casos lo hacen en defensa de bienes jurídicos, por tanto, la exclusión de estos actos como delitos resulta ser lógico.

DECIMO.- Por último, se señala que el fundamento de las causas de justificación no fue homogéneo. En un primer momento se guardaba como fundamento la retribución del mal causado, sin embargo, ahora existen una doble fundamentación los cuales son: la protección de los derechos individuales y la defensa del ordenamiento jurídico, por cuanto el Derecho no tiene por qué ceder ante lo ilícito.

DECIMO PRIMERO.- Por antijuricidad se debe de tener en cuenta que es, “una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico”, es por ello, que dentro de ésta se trata de demostrar o descubrir si la acción típica de la persona no está inmersa dentro de una norma permisiva que justifique su actuar; ahora bien, se ha dicho que la antijuricidad tiene dos acepciones, la primera es la concebida como antijuricidad en sentido formal; la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal, por otro lado, por la antijuricidad material, se entiende al daño que ocasiona el acto al bien jurídico protegido; además, este perjuicio debe de ser entendido al daño en sentido natural que se ocasiona y también su carácter contrario al valor ideal que la norma jurídica en el caso protege.

DECIMO SEGUNDO.- En principio, cuando queremos imputar a una persona la comisión de un supuesto delito, en primer lugar, se debe de verificar la tipicidad; seguido de la antijuricidad de la misma; sin embargo, en este nivel valorativo lo que se analiza o estudia son las causas de justificación para acreditar si efectivamente nos encontramos ante una conducta antijurídica o no, para que posteriormente así poder continuar de ser el caso con el siguiente nivel valorativo.

DECIMO TERCERO.- Como bien se iba señalando, las causas de justificación excluyen el carácter antijurídico de la conducta típica, por lo tanto, si es que se demuestra que se está inmerso dentro de una de estas causas que excluyen antijuricidad ya no estaremos hablando evidentemente de un delito; existen dos teorías que explican a las causas de justificación, las que son: la teoría monista y la teoría pluralista. En general cada una de estas tratará de fundamentar las causas de justificación ya sea con un solo criterio o con múltiples.

DECIMO CUARTO.- La teoría monista tiende a utilizar criterios genéricos para todas las causas de justificación, reduciendo la fundamentación a un principio totalmente

abstracto, es así que otra vez volviendo al fundamento de las causas de justificación bajo esta teoría estas mismas se explicarían bajo uno solo de forma general, para ello, se plantea un ejemplo que explica lo que propugna esta teoría sería, adoptar como único fundamento de las causas de justificación a la ponderación de valores o bienes jurídicos; sin embargo, esta teoría fue abandonada porque no ayuda distinguir entre todas las causas de justificación.

DECIMO QUINTO.- Por otra parte, tenemos la teoría pluralista que otra vez dirigiéndonos al fundamento según esta teoría se señala que cada causa de justificación tiene un fundamento propio o por lo menos que hay más de uno; dado que, mayoritariamente en la doctrina son precisos en señalar el disgusto que se tiene por las teorías monistas y el apego en consecuencia por la teoría pluralista, e incluso muchas veces tienen a mostrar la preocupación por reducir la importancia explicativa de los fundamentos de esta institución en su conjunto.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del objetivo dos

El objetivo dos ha sido: “Examinar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano”; y sus resultados fueron:

PRIMERO.- Para que se conceptualice el estado de necesidad defensivo hay tres corrientes comunes en la doctrina (hay también otras corrientes que lo conceptualizan:

- a) En cuanto, a la primera de las corrientes que tratan de explicar y fundamentar el estado de necesidad defensivo tenemos aquella que emplea el nexo de vinculación fáctica, dado que, se concentra en la determinación del nexo factico, para así, poder determinar la respuesta ante el agente de quien proviene la amenaza, es un fundamento con suficiencia para poner deberes de tolerancia

(con intensificación) y dar justificación a intervenciones que dañan inclusive más de lo protegido.

b) En cuanto, a la segunda corriente, la misma, se sustenta en la cuasi responsabilidad, la cual, busca reconocer un nexo de cuasi responsabilidad, dado que, debe de existir un nexo factico, en el cual se incluye el grado de responsabilidad por la amenaza, por ende, por la amenaza no sería apta la injerencia en estado de necesidad defensivo.

c) En cuanto, a la tercera corriente se determina por la responsabilidad, la misma que, implica la interposición de un deber de tolerancia intensificado, en donde, existe un tercero que debe de soportar tal deber, por tanto, la acción de defensa solo puede fundarse en el principio de responsabilidad, debiendo ser la producción del riesgo que genera el peligro que amenaza objetivamente imputable a un comportamiento organizador.

SEGUNDO.- Existen supuestos de hecho que no revisten la naturaleza o característica que les permita ser considerados como una fuente de peligro legitima para poder ser repelida o neutralizada mediante una acción de defensa proveniente o justificado mediante el estado de necesidad defensivo, los mencionados supuestos son: cuando no se realiza la acción (ejemplo: alguien con hipnosis agrede), cuando la acción del sujeto es atípica (ejemplo: agresión por aquella persona que actúa en error de tipo invencible), aclarándose que en estas circunstancias solamente uno puede argüir error de prohibición, en cuanto, a la fuente de peligro proveniente de un acto subyacente a un error de tipo vencible, dado que, el error de tipo vencible permite la imputación de la conducta a título de culpa, mientras que, el error de tipo invencible descarta el dolo y la culpa, por tanto, resultaría imposible realizar un acto de defensa sobre una conducta atípica.

TERCERO.- Se presenta a continuación un esquema temporal de las circunstancias que puede ser contrarrestadas mediante el estado de necesidad defensivo: agresiones de aquellos que actúan en error de comprensión culturalmente condicionado o error de prohibición, amenazas como consecuencia de ataques culposos, agresiones de aquellos que actúan en error de tipo vencible, agresiones de menores de edad, ataques de locos, ataques de ebrios, ataques de drogados, ataques de oligofrénicos.

CUARTO.- En referencia la elemento subjetivo, reconociendo que el estado de necesidad defensivo ostenta los mismos elementos que la legítima defensa, dado que, se puede mencionar que esta institución jurídica es considerada por la doctrina como una especie de legítima defensa, por ende, debe de aplicarse los mismos requisitos que exige la legítima defensa, por otro lado, para la doctrina mayoritaria no se requiere el elemento subjetivo en el estado de necesidad defensivo, pero eso no obsta a que pueda darse, por parte del agente que defiende, en alguna circunstancia o hecho peligroso, dado que, la fuente de peligro puede permanecer activa durante bastante tiempo, a tal punto, que el sujeto puede conocer su existencia y el peligro que representa, en tal sentido, podría tener el ánimo de defensa con anterioridad o de manera subyacente.

QUINTO.- Siguiendo la misma línea, en nuestra legislación penal no existe una regulación expresa sobre el estado de necesidad defensivo; según otros es necesaria la regulación o positivización, porque en caso de que algún sujeto lo use en el terreno fáctico y quiera invocarlo, no podrá porque no hay norma alguna que pueda avalar dicho uso del estado de necesidad defensivo.

SEXTO.- Sobre los resultados de la primera variable denominada como “las causas de justificación” fue desarrollado en los resultados del primer objetivo entre los acápites sexto al décimo quinto, por lo cual, no resulta necesario realizar de manera reiterativa la consignación de los resultados pertinentes a la variable antes citada.

4.2. TEORIZACIÓN DE LA UNIDADES TEMÁTICAS

4.2.1. De las razones de la regulación de las acciones de defensa en contra de las fuentes de peligro que no configuran una agresión ilegítima.

El objetivo específico uno es la siguiente: “Identificar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano”; al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

PRIMERO.- Resulta importante busca alcanzar la viabilidad de la norma emanada del legislativo, en razón, a que la finalidad lógica de la dación de normas es que las mismas se cumplan a cabalidad o en todos sus extremos, en el caso, del estado de necesidad defensivo, se entiende que la inclusión de los estados de necesidad agresivos responden a la implementación de causa de justificación dentro de la antijuridicidad, en tal sentido, el descarte del estado de necesidad defensivo no tiene justificación, dado que, también puede ser implementado como una causa de justificación, en consecuencia, es deber del órgano legislativo prever con antelación las posibilidades prácticas para la efectiva aplicación de la norma en el mundo factico, ya que, sin esta proyección la norma está sujeta a su aplicación aleatoria

SEGUNDO.- Se debe de realizar una reminiscencia sobre la concepción del derecho en base a la postura de la técnica legislativa la cual da a entender que el derecho es un sistema institucionalizado de argumentación pública, es en merito a este concepto que se la norma penal debe de provenir de un procedimiento racional y objetivo de formulación normativa, la misma que hace plausible que la norma penal sea viablemente aplicable en la realidad objetiva, dando a entender que la labor legislativa está compuesta de un procedimiento de elaboración normativa que esta concatenado y cada etapa tiene una importancia sustancial para la dación de la norma, en este sentido, resulta

indispensable que el derecho penal se mantenga congruente con la doctrina que internalizo para plasmar y positivizar sus figuras jurídicas, dado que, el estado de necesidad defensivo no fue codificado sin explicación o justificación.

TERCERO.- Se denota la existencia del ordenamiento jurídico y entiende que una norma requiere de la validez que proporciona la coherencia normativa entre las normas jurídicas dentro del mismo, por ende, es en merito a ello que la labor legislativa debe de tener en cuenta todo el sistema jurídico a fin de evitar la creación de antinomias o normas mutuamente excluyentes, en aras de evitar escollos en la interpretación y aplicación de las normas penales que emanen del congreso, esto no constituye un problema para el estado de necesidad defensivo, dado que, se puede incluir de manera efectiva dentro de las causas de justificación ya tipificadas en el Código Penal, debido a, que los estados de necesidad agresivos ya se encuentran tipificados.

CUARTO.- Debe tenerse en cuenta dentro del ejercicio de la función legislativa, la norma penal que se quiere emitir debe de estar acorde a todo el ordenamiento jurídico que la precede a fin de que este en armonía y coherencia con la misma, en razón, a que su incongruencia genera que el sistema jurídico precedente genera se encuentre en incompatibilidad con la nueva norma, por ello, los criterios que debe de tomar en cuenta el órgano legislativo debe de estar la concreción con la naturaleza jurídica de la norma que será emitida; en referencia al estado de necesidad defensivo, este ya se encuentra en congruencia con todo el sistema dogmático penal, por lo cual, no supondría ningún problema su positivización.

QUINTO.- Procurar la armonía de la nueva norma penal dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto es muy importante, debido a, que la norma debe de ser congruente con el ordenamiento jurídico en su conjunto además de mantener prístina la supremacía constitucional y evitar antinomias con otros cuerpos normativos, a fin, de mantener una

estructura racional en el sistema jurídico, lo cual, permite que la normas puedan ser aplicadas en consonancia con las demás manteniendo la finalidad de todas las normas jurídicas, todo ello, se ajusta a la naturaleza del estado de necesidad defensivo.

SEXTO.-Empero también se debe de rescatar que la función legislativa debe de estar consiente que la promulgación de normas también están sujetas para su viabilidad y aplicación efectiva, todo ello, en congruencia con el sistema jurídica penal, dado que, para su implementación es necesario que tanto a nivel de infraestructura y recursos las instituciones estén preparadas para asumir la aplicación de las nuevas normas o sus modificatorias, ya que, si dentro de la actividad legislativa no se tiene en cuenta este factor, a pesar de que la norma sea fructífera para la sociedad o tenga una estructura normativa adecuada, que para el caso concreto del estado de necesidad defensivo, al tratarse de una figura dogmática su implementación dentro de la codificación penal no presenta ningún escollo o representa ninguna dificultad.

En conclusión, el ordenamiento jurídico en su conjunto debe de ser congruente en sí misma, y mantener una consolidación entre las normas que la componen, es por ello, el estado de necesidad defensivo debe de positivizarse dentro de la codificación penal, dado que, su exclusión del Código Penal no responde a ninguna causa objetiva, además que, esta institución dogmática también tiene las características de una causa de justificación, así mismo, atiende hacia las fuentes de peligro que actualmente no se regulan en toda la codificación penal, caso contrario, se generan en el sistema jurídico un resquebrajamiento que impide que se pueda aplicar o interpretar de manera eficiente todas las normas jurídicas en plenitud

4.2.2. De las razones de la positivización del estado de necesidad defensivo.

El objetivo dos es el siguiente: “Examinar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa

como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano”. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO.- La importancia de reconocer el estado de necesidad defensiva radica en la gran cantidad de supuestos fácticos que se pueden ajustar, pues este ordenamiento jurídico significa eliminar los peligros generados por terceros, y estos peligros son generados por terceros. Asimismo, también pueden ocurrir situaciones peligrosas La situación surge porque no hay acción o comportamiento humano, y peor aún, no se puede catalogar como legal o ilegal. Todas estas ocurrencias tienen una alta probabilidad de ocurrencia. Por lo tanto, debe existir una herramienta ideal en el código penal. estas situaciones, y esta herramienta es una necesidad defensiva.

SEGUNDO.- En circunstancias especiales, el estado de necesidad de la defensa es altamente reconocido por las doctrinas penales internacionales y nacionales, reflejando sus características y elementos, así como los supuestos fácticos que puede aplicar y contener. Por lo tanto, este ordenamiento jurídico no tiene nada que ver con esto. Cualquier oposición o refutación, igualmente, no obstaculiza inconsistencias o diferencias en su aplicación práctica en el contexto social y cultural peruano, por lo que su positivización en el ordenamiento jurídico es completamente factible. Derecho penal, porque solo necesita reconocimiento en el Código Penal para facilitar la invocación en el proceso penal.

TERCERO.- Finalmente, considerando la particularidad y el entorno social peruano abrumado por las fuentes de peligro, es necesario determinar la positivización del estado de necesidad de la defensa en el ordenamiento jurídico penal, por lo que es necesario pronunciarse sobre la gente común o proveer la capacidad de eliminar estas fuentes de peligro, por lo que esta es la mejor forma de institucionalizar el estado de necesidad defensiva, ya que creará nuevas justificaciones que permitan ejecutar la eliminación de la

fuentes de peligro de una amenaza criminal que amenace a los derechos legales propios o de un tercero de alta relevancia.

CUARTO.- La positivización y posterior institucionalización del estado de necesidad de defensa permitirá una defensa técnica eficaz de los casos estipulados por el ordenamiento jurídico, pues la existencia y neutralización de las amenazas son comunes y naturales en el comportamiento de los ciudadanos. Por tanto, la defensa técnica puede utilizar el estado de necesidad defensiva para construir una teoría de caso suficiente que permita la inocencia de la persona que elimina la fuente de peligro bajo el estado de protección y la posterior absolución de las necesidades defensivas; desde el nivel procesal, la defensiva. Se puede utilizar el estado necesario para lograr los fines directos y de mediación del proceso penal:

QUINTO.- En cuanto al impacto de este trabajo de investigación, el estado de necesidad defensiva se puede hacer positivo en el código penal. Todo esto es para obtener los beneficios de la positivización de figuras o sistemas jurídicos. Se trata de un llamado efectivo o un criminal activo. La doctrina penal en el proceso, todo ello, con el fin de cubrir el hecho de que el imputado realizó acciones defensivas contra fuentes peligrosas que no constituyen agresión ilícita, todo ello mejorará sustancialmente la defensa técnica de los casos que no constituyan agresión ilícita. Por ello, es necesario plantear esta nueva justificación en el Código Penal.

SEXTO.- La principal característica de los principios y demás instituciones y figuras doctrinales es la de su existencia al margen de su positivización, dado que, esta propiedad es común dentro de las instituciones jurídicas propias del modelo anglosajón, dado que, la naturaleza jurídica de este sistema jurídico no entraña normas positivizadas que permitan la realización de inferencias jurídicas, es decir, que dentro de este sistema jurídico no existen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que puedan subsumirse

dentro de los casos concretos que se analizan, dado que, en este sistema se enarbola el criterio jurisdiccional y el empleo de la jurisprudencia como medios para la administración de justicia, por otro lado, tenemos al sistema judicial proveniente del modelo europeo continental, el mismo, que requiere de manera necesaria la positivización de normas penales para posibilitar su aplicación frente a los casos concretos que se suscitan, ya que, la inferencia jurídica resulta indispensable dentro de la aplicación de la ley penal, dado que el alto nivel de positivización y codificación es evidente dentro del ordenamiento jurídico penal.

En conclusión, dado que, existen varios supuestos de fuentes de peligro que se acentúan y se suscitan en la realidad objetiva, más aún, dentro del particular contexto social peruano, en donde, existe fuentes de peligro más enfatizadas dadas las condiciones sociales, económicas y hasta laborales que reviste informalidad e inseguridad, que son el epitome o el caldo de cultivo de estas fuentes de peligro que atentan directamente sobre los diversos bienes jurídicos tutelados, en tal sentido, la herramienta idónea para poder mitigar y neutralizar estas fuentes de peligro es el estado de necesidad defensivo, por ello, se recalca la necesidad de su positivización.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El trabajo de investigación ha demostrado que existe una gran necesidad en referencia a la positivización del estado de necesidad defensivo dentro de la codificación penal, dado que, la actual legislación penal al excluir al estado de necesidad defensivo carece de la regulación de diversos supuestos de hecho en los cuales no existe una agresión ilegítima que pueda ser repelida para la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, así mismo, tampoco existe una confrontación de bienes jurídicos relevantes que impliquen la prevalencia del interés preponderante frente a un peligro actual e insuperable, así mismo, tampoco existe un tercero que tenga el deber de solidarizarse, todo lo contrario, el estado de necesidad defensivo regula los supuestos de hecho en los cuales se puede advertir una fuente de peligro que debe de ser neutralizada para evitar el despliegue de la irrogación de la lesión hacia el bien jurídico.

La importancia del reconocimiento del estado de necesidad defensivo radica en la gran plétora de supuestos de hecho que pueden ser regulados, dado que, esta institución jurídica implica la neutralización de las fuentes de peligro, que son generadas por el tercero sobre el que recaerá la acción de defensa, así mismo, también se pueden suscitar situaciones en las cuales se generan situaciones de peligro, dado que, no existe acción o conducta humana, peor aún, no podría ser catalogada como legítima o ilegítima, todos estos escenarios que se suscitan tienen un alto grado de probabilidad de producirse, por ello, debe de existir dentro de la codificación penal una herramienta idónea para cubrir todos estos casos y esta herramienta es el estado de necesidad defensivo.

En el caso particular, del estado de necesidad defensivo, este se encuentra altamente reconocido por la doctrina penal internacional y nacional, la cual, plasma sus características y elementos, así como, los supuestos de hecho en los cuales se puede aplicar y subsumir, por ello, esta institución jurídica no tiene ninguna objeción o refutación por parte de la doctrina, así mismo, tampoco tiene ninguna inconsistencia o desavenencia que impida su aplicación

práctica en el contexto socio-cultural peruano, por ende, resulta totalmente factible su positivización dentro del ordenamiento jurídico penal, ya que, solo es necesario que la codificación penal le otorgue reconocimiento para facilitar su invocación dentro de un proceso penal.

Su importancia resalta al momento de establecer todos los posibles supuestos de hecho en donde se pueden aplicar, los mismos que implican fuentes de peligro que no constituyen una legítima defensa, estado de necesidad justificante o un estado de necesidad exculpante; dado que, no existe actualmente una institución jurídica que contempla la defensa en contra de fuentes de peligro existe una severa deficiencia en cuanto a la codificación penal actual, por ello, resulta necesaria la pronta positivización de esta institución dogmática

Todo ello, se reafirma al determinar los supuestos de fuentes de peligro los cuales regula el estado de necesidad defensivo, las cuales son:

a) las agresiones de aquellos que actúan en error de comprensión culturalmente condicionado

b) el error de prohibición

c) amenazas como consecuencia de ataques culposos

d) agresiones de aquellos que actúan en error de tipo vencible

e) agresiones de menores de edad

f) ataques de locos

g) ataques de ebrios

h) ataques de drogados

i) ataques de oligofrénicos

Entre otras fuentes de peligro, por ende, se puede vislumbrar la importancia de esta institución jurídica y la necesidad de su urgente positivización dentro del ordenamiento jurídico penal, para así, poder cubrir estos supuestos de hecho.

La positivización y ulterior institucionalización del estado de necesidad defensivo permitiría la efectiva defensa técnica frente a los casos que se encuentre regulados por esta institución jurídica, dado que, la existencia de fuentes de peligro y su neutralización resulta imperante y natural dentro de la conducta del ciudadano ordinario, por tanto, la defensa técnica podría emplear el estado de necesidad defensivo para poder estructurar una adecuada teoría del caso que permitiría enarbolar la inocencia y posterior absolución de una persona que neutralizo una fuente de peligro bajo el amparo del estado de necesidad defensivo; desde el plano procesal, el estado de necesidad defensivo, puede ser empleado para poder arribar hacia la finalidad mediata e inmediata del proceso penal:

a) En cuanto, a la finalidad mediata, que implica búsqueda y adquisición de la verdad procesal en concordancia con la política criminal resulta imperioso la inclusión del estado de necesidad defensivo, dado que, forma parte de la doctrina penal actual y vigente, por ende, no resulta congruente que se encuentren positivizados la legítima defensa y los estados de necesidad agresivos pero no el estado de necesidad defensivo, siendo que, el descarte y la no utilización de esta institución jurídica constituye un escollo grave para la obtención de la verdad procesal, por ello, resulta indispensable que exista la positivización del estado de necesidad defensivo dentro de la codificación penal.

b) En referencia, a la finalidad inmediata del proceso penal, la misma, establece que se debe de posibilitar la efectiva aplicación de la norma penal sustancial, precisamente para ello resulta necesario que el estado de necesidad defensivo sea positivizado, dado la naturaleza del sistema judicial peruano, en donde, resulta indispensable la subsunción jurídica para la aplicación de las consecuencias jurídicas plasmadas en la prescripción jurídica, la positivización del estado de necesidad defensivo recalca su necesidad dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Para finalizar, resulta necesario determinar la positivización del estado de necesidad defensivo dentro del ordenamiento jurídico penal, dado que, la idiosincrasia y el contexto social peruano se encuentra abrumado de fuentes de peligro, por tanto, resulta indispensable adjudicar o proporcionar a la población en general la capacidad para poder neutralizar estas fuentes de peligro, para ello, la mejor forma en la institucionalización del estado de necesidad defensivo, dado que, se creara una nueva causa de justificación que permitirá la configuración de un ilícito penal cuando las personas realizan una neutralización de una fuente de peligro que atenta en contra de bienes jurídicos propios o de terceros de alta relevancia.

Ahora, tenemos al trabajo de investigación titulado: El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal, por Freeland (2020), tesis doctoral presentada ante la Universidad Austral de Buenos Aires; en este trabajo de investigación se aborda en primer lugar, la delimitación conceptual y regulación legal del estado de necesidad agresivo, seguidamente describe el fundamento de esta figura, además, describe la irregularidad de esta institución en un ordenamiento jurídico penal liberal con de aquel país. El presente trabajo de investigación se relaciona con el citado en el aspecto en que, los dos abordan de manera crítica la institución de las causas de justificación (enfocándose claramente en el estado de necesidad) para poder determinar su suficiencia o idoneidad de acuerdo al contexto social.

Asimismo, el siguiente antecedente a nivel internacional es el que lleva por título: Necesidad de regular en el Código Penal los efectos que producen las causas de justificación y las causas de inculpabilidad, realizado por Cruz (2011), tesis presentada ante la Universidad de San Carlos de Guatemala; en este trabajo de tesis citado lo que se desarrolla es esencialmente a las eximentes de responsabilidad penal, delimitando a cada una de ellas tanto a las causas de justificación con las de inculpabilidad, con la finalidad de establecer las consecuencias para cada una de ellas y señalar la importancia de su positivización. El trabajo citado guarda relación con el presente trabajo en el sentido en que en las dos se pone en manifiesto cuán importante

es el desarrollo en los Códigos Penales de las eximentes de responsabilidad penal, para el caso en concreto de las causas de justificación dentro del ordenamiento jurídico; es por ello que se plantea la incorporación de las causas de justificación defensivas.

Finalmente coincidimos con la investigación internacional tenemos a la que lleva por título: El Estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad, realizado por Pawlik (2013), el mismo que fue publicada en la Revista Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-29. En este trabajo se describe en primer lugar al estado de necesidad defensivo enfocándola dogmáticamente, asimismo de su relación con la legítima defensa, por otra parte, se señalan también los supuestos de aplicación de esta figura. Este artículo de investigación guarda relación con el presente trabajo de investigación en el sentido en que se plantea la importancia de la incorporación del estado de necesidad defensivo dentro del ordenamiento jurídico positivo, pues es el ámbito de aplicación de éste llenará ciertos supuestos que otras causas de justificación no podían abarcar como bien se describen en el artículo citado. Finalmente, exhortamos que investigadores interesados en esta materia pudieran estudiar el 244 respecto a la coacción que pudieran tener los menores de edad cuando ciertos padres apoyados de los vacíos de la norma ponen entre comillas a la venta a sus hijos al casarlos con mayores de edad quienes se aprovechan física, psicológica y espiritualmente.

Sobre las autocríticas hacia el trabajo de investigación se tiene que no se realiza un análisis sobre la situación de defensa y bajo que supuestos debe de comprenderse que se posibilite la aplicación del estado de necesidad defensivo, dado que, solo se señala los supuestos de hecho en donde si es posible aplicar esta figura jurídica que actualmente se encuentran reconocidos por la doctrina a nivel nacional e internacional; empero sería bueno realizar un análisis a profundidad sobre las fuentes de peligro propios y oriundas de la situación y contexto peruano, dado que, la idiosincrasia peruano y otros factores permitirán la

formulación de nuevas fuentes de peligro que podrían ser aplacadas mediante el estado de necesidad defensivo, todo ello, debido a que el objeto de investigación de la presente tesis no se adentra sobre la situación de defensa en el estado de necesidad defensivo.

Sobre el impacto del presente trabajo de investigación, es que el estado de necesidad defensivo pueda ser positivizado dentro del Código Penal, todo ello, para poder obtener los beneficios propios de la positivización de las figuras o instituciones jurídicas, la cual, es la efectiva invocación o interposición de esta figura dogmática penal dentro de un proceso penal activo, todo ello, para lograr cubrir los supuestos de hecho en los cuales el imputado haya realizado en acto de defensa en contra de una fuente de peligro que no configure una agresión ilegítima, todo ello, mejorara sustancialmente la defensa técnica de los casos en los que no se constituya una agresión ilegítima, para ello, es necesario instituir esta nueva causa de justificación en el Código Penal.

Es necesario recalcar que este trabajo de investigación solo demuestra la problemática que en referencia a la situación de defensa y los supuestos de hecho que puedan constituir un escenario de peligro actual e insuperable, por ello, resulta necesario realizar un análisis a profundidad sobre la compatibilidad del estado de necesidad defensivo con el contexto social peruano, para enervar los supuestos de hecho que por razones de política criminal no deberían ser aceptados o incorporados en la codificación penal, así mismo, los supuestos de hecho que deben de ser creados, en razón, a que son perceptibles como fuentes de peligro latentes en el contexto social peruano.

PROPUESTA DE MEJORA

Como consecuencia de lo mencionado es necesaria la modificación del artículo 20 del Código Penal Peruano, se recomienda la modificación del artículo que entraña a las causas de justificación y los eximentes de la responsabilidad penal dentro del Código Penal para que, a partir de su modificación, rece:

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

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

a) Agresión ilegítima;

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

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

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a

neutralizar la situación de defensa basada en una fuente de peligro de sí o de otro. [inciso incorporado, siendo que el antiguo inciso 5 sea el 6 y los demás en adelante]

6. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

(...)

CONCLUSIONES

- Resulta necesaria la positivización del estado de necesidad defensivo, dado que, cubre una gran plétora de supuestos de hecho basados en fuentes de peligro que no son regulados por otras causas de justificación, en razón a, que la situación de defensa de los estados de necesidad agresivos se basan en la confrontación de bienes jurídicos en donde prevalece el interés preponderante, por otro lado, la legítima defensa en una agresión ilegítima, por otro lado, el estado de necesidad defensivo se basa en la neutralización de fuentes de peligro, por tanto, la caterva de fuentes de peligro que pueden ser conjurados por los ciudadanos para salvaguardar bienes jurídicos de relevancia constitucional actualmente no se encuentran reconocidos taxativamente en la codificación penal.
- Resulta necesaria la positivización del estado de necesidad defensivo para poder establecer el medio adecuado dentro de la acción de defensa que se despliega frente a la fuente de peligro, ello resulta necesario, dado que, se pueden suscitar situaciones en las cuales se generan situaciones de peligro, en donde, no existe acción o conducta humana, peor aún, no podría ser catalogada como legítima o ilegítima; todo ello, debido a que las fuentes de peligro y el modo de neutralizarlas no se encuentran positivizadas en la codificación penal, por ende, todos estos escenarios que se suscitan tienen un alto grado de probabilidad de producirse, por ello, debe de existir dentro de la codificación penal una herramienta idónea para cubrir todos estos casos y esta herramienta es el estado de necesidad defensivo.
- Resulta necesaria la positivización del estado de necesidad defensivo dentro de la codificación penal, dada que, la naturaleza jurídica del sistema judicial peruano tiende hacia la positivización y codificación de las instituciones y figuras jurídicas en texto taxativizados para permitir la inferencia jurídica y la ulterior aplicación de la normas,

por ende, resulta indispensable que una institución jurídica como el estado de necesidad defensivo que solo halla reconocimiento en la doctrina trascienda hacia su positivización.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda la modificación mediante la incorporación de un inciso 5 y el anterior inciso 5 en adelante se asuma un número más del Código Penal peruano en su artículo 20º, para que, incluya al estado de necesidad defensivo:

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

5. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a neutralizar la situación de defensa basada en una fuente de peligro de sí o de otro.

- Se recomienda al Poder Legislativo, la realización de un análisis a profundidad sobre la compatibilidad del estado de necesidad defensivo con el contexto social peruano, para determinar las fuentes de peligro en donde se pueda aplicar el estado de necesidad defensivo, para así, poder enervar los supuestos de hecho que por razones de política criminal no deberían ser aceptados o incorporados en la codificación penal, así mismo, los supuestos de hecho que deben de ser creados, en razón, a que son perceptibles como fuentes de peligro latentes en el contexto social peruano.
- Se recomienda al Poder Judicial fomentar el empleo y la utilización del estado de necesidad defensivo de la práctica jurisdiccional, así mismo, establecer una línea jurisprudencial en referencia a esta causa de justificación, todo ello, para fomentar su empleo y reconocimiento como una institución pragmática y empleable en la realidad objetiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Armaza J. (2009). *Estado agresivo y defensivo de necesidad*. En Meini I. (Coord.), *Problemas fundamentales de la Parte general del Código Penal*, (pp. 303-338). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Armaza, J. (s/f). Estado agresivo y defensivo de necesidad. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_13.pdf
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. 3ª reimpression. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A
- Bassino, A. (2014). *La legítima defensa en el Derecho Penal peruano*. En C. Montoya (Coord.), *Las causas eximentes de responsabilidad penal*, (pp. 149-170). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*, Lima-Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de derecho penal*. 2ª edición. Perú.
- Bustos, J. (1994). *Manual de derecho penal: parte general*. 4ª edición. Barcelona-España: PPU.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. 11ª edición. Argentina: Editorial Heliasta. Recuperado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL_GUILLERMO.pdf
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpression. Lima: Editorial San Marcos.

- Chanamé, R. (2012). *Diccionario jurídico moderno Conceptos-Instituciones*. 8ª edición. Arequipa- Perú: Adrus S.R.L.
- Coca, I. (2011). Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo. *InDret. En Revista para el análisis del derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. Recuperado de: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/789.pdf>
- Código Penal peruano. (03/04/1991). Decreto Legislativo N° 635.
- Código Penal peruano. (08/04/1991). Decreto Legislativo N° 635.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (10/09/2019). Acuerdo Plenario N° 05-2019/CJ-116. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Acuerdo-Plenario-5-2019-CJ-116-Legis.pe_.pdf
- Cruz, O. (2011). Necesidad de regular en el Código Penal los efectos que producen las causas de justificación y las causas de inculpabilidad (Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala). Recuperado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9130.pdf
- Del Águila, C.& Mera, M. (2020). La legítima defensa según el artículo 20 inciso 11 del Código Penal y la percepción de la población de la actuación policial en el distrito de Manantay, Ucayali año 2018 (Tesis para optar por el título profesional de abogado, Universidad Nacional de Ucayali, Pucallpa - Perú). Recuperado de: http://repositorio.unu.edu.pe/bitstream/handle/UNU/4352/UNU_DERECHO_2020_T_MICHEL-MERA_ET_AL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Diccionario panhispánico del español jurídico. (29/06/2021). Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/causa-de-justificaci%C3%B3nhttps://dpej.rae.es/lema/agresi%C3%B3n-ileg%C3%ADtima>
- Freeland, A. (2020). *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*. (Tesis para optar el título de doctor en derecho). Universidad Austral de Buenos Aires,

Argentina. Disponible
 en:<https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/983/FREELAND%2C%20Aiejandro%20-%20Tesis.pdf?sequence=1>

Freeland, A. (2020). El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal (Tesis para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina). Recuperado de:<https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/983/FREELAND%2C%20Aiejandro%20-%20Tesis.pdf?sequence=1>

Fuentes, G. (2010). *Estudio de las teorías modernas que se aplican al estado de necesidad*. (Tesis para optar el grado académico de licenciado en Ciencias jurídicas y sociales). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. Disponible en:http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8573.pdf

Fuentes, G. (2010). Estudio de las teorías modernas que se aplican al estado de necesidad (Tesis par optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala). Recuperado de:http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8573.pdf

García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*, Lima-Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*, Lima-Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C.

García, P. (2019). *Derecho penal parte general*. 3ª edición. Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C.

Gómez, M. & Gómez, J. (2006). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.

Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.

- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal*. 2ª edición. Lima- Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. (Trad. J, Cuello. & j. Gonzáles) Madrid-España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. (Original en alemán).
- Jescheck, H. & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal*. Volumen I. (Trad. M, Olmedo). Perú: Instituto Pacífico S.A.C (Original en alemán).
- Jescheck, H.&Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Olmedo, M, Trad.) (5 ed., Vol. I). Lima-Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Jimenez, L. (s/f). *Principios de derecho penal la ley y el delito*. Buenos Aires- Argentina: Abeledo Perrot Editorial Sudamericana.
- Luzón, D. (1994). «Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación. Recuperado de:<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ActioIllicitaInCausaYProvoacionEnLasCausasDeJustif-46468.pdf>
- Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: Universidad Pacífico-Centro de investigación.
- Martín, M. Martínez, M. & Valle, M. (2012). *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. España: Editorial Madrid Complutense.
- Medina, J. (2020). *El estado de necesidad justificante visto desde la perspectiva de afectación del tercero no interviniente. propuesta de reparación civil al titular del bien jurídico eventualmente dañado*. (Tesis para optar el título de abogado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú. Disponible

en:https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2476/1/TL_MedinaRamirezJose.pdf

Mir, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*, Barcelona-España: Editorial Reppertor.

Recuperado de:https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/0ac/a07/derecho-penal-santiago-mir-puig.pdf

Mir, S. (2016). *Derecho penal parte general*. 10ª edición. España- Barcelona: Editorial Reppertor.

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Lima-Perú: Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.

Muñoz, F. (2007). *Teoría general del delito*. 4ª edición. Valencia-España: Tirant lo Blanch.

Nakasaki, C. (2017). *El Derecho Penal y Procesal Penal desde la perspectiva del abogado litigante*, Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. Lima-Perú: MACRO

Orts, E. Gonzáles, J. Matallín, A. & Roig, M. (2010). *Esquemas de derecho penal parte general*. Tomo VI, Valencia-España: Tirant lo blanch.

Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*:https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Políticas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Pawlik, M. (2013). El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad. Hernán Darío Orozco López (trad.). En la Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, No. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 13-29. Recuperado de:<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SSRN-id2386226.pdf>

- Pawlik, M. (2013). Estado de Necesidad Defensivo Justificante Dentro del Sistema de los Derechos de Necesidad, El. *Derecho penal y criminología*, 34, pp. 13-29, Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3641/3733>
- Peña, A. (2004). *Derecho Penal Peruano, Teoría General de la Imputación del Delito*, Lima-Perú: Editorial Rodhas.
- Peña, A. (2011). *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Lima-Perú: IDEMSA.
- Pérez, J. (2014). *El estado de necesidad justificante*. En C. Montoya (Coord.), *Las causas eximentes de responsabilidad penal*, (pp. 149-170). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Pérez, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal, Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencia*, Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Politoff, S. Mattus, J. & Ramírez, M. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno*. 2ª edición. Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Rodríguez, M. Ugaz, A. Gamero, L. & Schöbohm, H. (2009). *Manual de casos penales la teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Perú: Cooperación Alemana al Desarrollo- GTZ
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general*. Tomo I. (Trad. D, Luzón. M, Díaz y García. & J, de Vicente). España: Civitas. (Original en alemán).
- Sánchez H & Reyes C. (1998). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Editorial Mantaro.
- Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al Derecho*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones.
- Sánchez, J. (2020). *Cumplimiento del deber y uso de armas de fuego por la Policía Nacional. Sobre la necesidad del inciso 11 del artículo 20° del Código Penal* (Tesis para optar el

- título de abogado, Universidad de Piura, Lima-Perú). Recuperado de:<https://hdl.handle.net/11042/4720>
- Segall, D. (2016). *Estado de necesidad defensivo y aborto*. (Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas sociales). Universidad de Chile, Chile. Disponible en:<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138867/Estado-de-necesidad-defensivo-y-aborto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sotelo, J. (2000). La obediencia debida como causa de justificación de responsabilidad penal en la legislación nicaragüense (Monografía para optar por el grado de licencia en derecho, Universidad Americana, Managua – Nicaragua) Recuperado de:<https://biblioteca.uam.edu.ni/repositorio/bitstream/handle/721007/761/00400902.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tribunal Constitucional. (14/07/2010). Sentencia del expediente N.º 00012-2008-PI/TC Lima, disponible en:<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-AI.html>
- Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Villa, J. (2008). *Derecho penal parte general*. Perú: Grijley.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*, Lima-Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*, Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general*. 1ª edición. 1ª reimpresión. Perú: Grijley.
- Villavicencio, F. (s.f.). *Diccionario penal jurisprudencial*. Perú: Gaceta penal & procesal penal.

- Villegas, E. (2014). *La legítima defensa en el Derecho Penal peruano*. En C. Montoya (Coord.), *Las causas eximentes de responsabilidad penal*, (pp. 67-123). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Wessels J., Beulke W. & Satzger H. (2018). *El Derecho Penal, Parte General, El delito y su estructura* (Pariona R., Trad.) (46 ed.). Lima-Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Wessels, J. Beulke, W. & Satzger, H. (2018). *Derecho penal parte general*. 46ª edición alemana. (Trad. R, Pariona). Perú: Instituto Pacífico S.A.C (Original en alemán).
- Yvancovich, B. (2014). *El consentimiento y los bienes jurídicos disponibles*. En C. Montoya (Coord.), *Las causas eximentes de responsabilidad penal*, (pp. 171-189). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado derecho penal*. Tomo III. Buenos Aires-Argentina: EDIAR.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	Categoría 1	<p>Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Explicativa” y un enfoque cualitativo.</p> <p>Diseño de investigación Observacional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p>Método General Se utilizó el método hermenéutico.</p> <p>Método Específico Se puso en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo comocausa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?	Analizar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.	La positivización del estado de necesidad defensivo influiría positivamente como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.	<p>Causas de justificación</p> <p>Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estado de necesidad agresivo. • Estado de necesidad defensivo. • Estado de necesidad justificante. 	
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	Categoría 2	
¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?	Identificar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.	La positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la acción de defensa influiría positivamente como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.	<p>Estado de necesidad defensivo</p> <p>Dimensiones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción de defensa. • Situación de defensa. 	
¿De qué manera influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano?	Examinar la manera en que influiría la positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.	La positivización del estado de necesidad defensivo en referencia a la situación de defensa influiría positivamente como causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.		

INSTRUMENTOS

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

FICHA TEXTUAL: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“

”

[Transcripción literal del texto]

FICHA RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

.....

 [Resumen de
 lo analizado, sea de uno, dos, tres o n párrafos]

PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera:

FICHA TEXTUAL: Definición de estado de necesidad justificante

DATOS GENERALES: Politoff, S. Mattus, J. & Ramírez, M. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno*. 2ª edición. Chile: Editorial jurídica de Chile. Página 228.

CONTENIDO: “La idea de estado de necesidad justificante supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que no puede evitarse de otra forma como no sea dañando un bien de menor valor (...)”

FICHA RESUMEN: Sobre el bien jurídico protegido del estado de necesidad disculpante

DATOS GENERALES Villa, J. (2008). *Derecho penal parte general*. Perú: Grijley. Página 464

CONTENIDO: Los objetos jurídicos tutelados por el estado de necesidad disculpante son tres: libertad, integridad corporal, y vida; los otros bienes jurídicos que revisten de menor valor no están protegidos por el estado de necesidad exculpante, pero sí por el estado de necesidad justificante. La integridad corporal, la vida y la libertad tienen que ser gravemente y de manera actual amenazadas

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tendrán un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b)

Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para teorizar los conceptos.

PROCESO DE CODIFICACIÓN

La codificación para una investigación cualitativa de especie jurídico propositivo (aunando con la explicación de la sección precedida), su codificación tiene que ver con la identificación de argumentos clave (saneamiento de puntos controversiales) que serán debatidos en la discusión de resultados, cuyos criterios se basan en una operacionalización de conceptos de forma sistemática, que además son el norte y direccionamiento del debate, de esa manera se compone así:

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
Las causas de justificación	Estado de necesidad agresivo.
	Estado de necesidad defensivo.
Estado de necesidad defensivo	Acción de defensa.
	Situación de defensa.
	Conocimiento de la situación de defensa.

El Concepto jurídico 1: “causas de justificación” se ha relacionado con los argumentos norte de debate del Concepto jurídico 2: “estado de necesidad defensivo” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Concepto jurídico 2 (estado de necesidad defensivo) + Argumento debate 1 (Acción de defensa) del Concepto jurídico 1 (causas de justificación).

- **Segunda pregunta específica:** Concepto jurídico 2 (estado de necesidad defensivo) + Argumento debate 2 (Situación de defensa) del Concepto jurídico 1 (causas de justificación).

Y cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3. de la presente tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

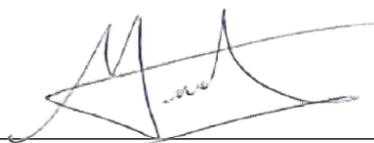
PROCESO DE COMPARACIÓN DE ENTREVISTAS, OBSERVACIÓN Y ANÁLISIS DOCUMENTAL

Por la naturaleza de la investigación, esto es de ser una investigación propositiva, y de diseño de teoría fundamentada a través de textos jurídicos y siendo cualitativo, no se hizo trabajo empírico alguno.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo Yery Jonathan Mendoza Quipse, identificado con DNI N° 47898582, domiciliado en el Psje. Los Laureles N° 138 - Huancayo, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA POSITIVIZACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 21 de marzo del 2022



DNI N° 47898582
Yery Jonathan Mendoza Quipse