



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**ESPECIALIDAD Y MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**“LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA ACTUAL COMO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA  
DEFENSA”**

Trabajo de Graduación Previo a la Obtención del Título de  
**“Especialista en Derecho Penal”**

**AUTOR: TANIA EUGENIA RUIZ ARIZAGA**

**DIRECTOR: DR. JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE**

**CUENCA – ECUADOR**

**2012**

### ***DEDICATORIA***

Con el amor más puro y verdadero que el ser humano puede sentir, el presente trabajo va dedicado a los seres que con su apoyo incondicional han ido forjando cada uno de mis pasos, LUCINDA Y JOSE, mis padres, quienes cada día de mi vida me han guiado y sobretodo me han enseñado a luchar por cada uno de mis sueños, haciendo que en cada amanecer exista una razón más para seguir adelante. Además con un inmenso amor a mi querida hermana KARINA, la razón fundamental de mi vida y mi existencia.

### ***AGRADECIMIENTO***

En primer lugar a Dios por el regalo de la vida, a mis queridos padres por el apoyo incondicional que siempre me han brindado, a mi familia por el amor infinito que siempre han demostrado, de manera especial a mi Tutor y Amigo JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE, por su asesoría y dedicación para que este trabajo se realice, mil gracias por el apoyo recibido.

## INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Índice de Contenidos.....	iii
Resumen.....	iv
Abstract.....	v
<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I: La Legítima Defensa</b>	
<b>1.- La Legítima Defensa.....</b>	<b>3</b>
Definición de la legítima defensa.....	4
<b>1.1.- Principios Fundamentales de la Legítima Defensa.....</b>	<b>5</b>
El Derecho a la Autoprotección.....	6
La necesidad de afirmación del derecho.....	7
<b>1.2.- Diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad.....</b>	<b>9</b>
<b>2.- Evolución histórica y antecedentes legislativos.....</b>	<b>12</b>
<b>3.- Breve referencia a los requisitos exigidos por la ley: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente.....</b>	<b>15</b>
<b>3.1.- Actual agresión ilegítima.....</b>	<b>16</b>
<b>3.2.- Necesidad racional del medio empleado.....</b>	<b>17</b>
<b>3.3.- Falta de provocación de quien se defiende.....</b>	<b>18</b>
<b>4.- Efectos de la legítima defensa como causa de justificación.....</b>	<b>20</b>
<b>5.- Los bienes defendibles.....</b>	<b>22</b>

## **Capítulo II: La agresión ilegítima actual como requisito de la legítima defensa**

<b>1.-</b> Concepto de agresión ilegítima.....	31
<b>2.-</b> La exigencia de voluntad en la agresión: la acción humana como base de la legítima defensa.....	32
<b>3.-</b> ¿Se exige acometimiento violento en la agresión?.....	37
<b>4.-</b> Agresión dolosa y agresión imprudente. La discusión en la dogmática.....	38
<b>5.-</b> La omisión como forma de agresión: omisión propia e impropia.....	40
<b>6.-</b> La antijuridicidad de la agresión.....	41
<b>7.-</b> La culpabilidad en la agresión: agresiones de inimputable.....	43
<b>8.-</b> El requisito de la actualidad en la agresión ilegítima: agresiones inminentes o persistentes.....	45
<b>8.1.-</b> Aspectos generales.....	45
<b>8.2.-</b> La defensa anticipada.....	50
<b>8.3.-</b> La defensa subsistente.....	52
<b>9.-</b> Determinación “ex ante” o “ex post” de la agresión ilegítima y de su actualidad....	53
<b>Conclusiones</b> .....	56
<b>Recomendaciones</b> .....	58
<b>Bibliografía</b> .....	59

## **RESUMEN**

El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, de acuerdo a este planteamiento las normas tienen una misión principal como es la búsqueda de la felicidad colectiva sacrificando a veces la felicidad individual. El Estado ha regulado normas, mandatos y prohibiciones.

Además ha regulado otras disposiciones, consideradas como un permiso o una autorización para realizar determinada conducta; las cuales han sido consideradas causas de justificación, que son un permiso que se proporciona al individuo para que pueda realizar una conducta justificada por cuanto la acción elimina la anti juridicidad de la conducta.

En el presente trabajo se realizará el estudio riguroso y detallado de la legítima defensa como causa de justificación, la misma que no hace otra cosa más que eliminar la antijuricidad de la acción de la persona que se defiende siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en la norma penal, como: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente, requisitos indispensables y necesarios para que la justificante pueda alegarse y para que el ser humano pueda alegarla y evitar así la imposición de una pena.

## **ABSTRACT**

Ecuador is a Constitutional State of rights and justice, thus according to this approach, the standards implemented in our system have a main mission which is that society can live together in peace. For the coexistence of the society the State has regulated through standards mandates and prohibitions, it is so criminal law is responsible for punishing the person who contravenes by penalty rules.

It should be also noted that the same State that bans and mandates, has also regulated other kinds of provisions that can be considered a permit or an authorization to perform certain behavior; therefore, allows human beings exert certain behaviors which can be considered a cause of justification, only if that follows the same standards.

The present work offers rigorous and detailed study of self-defense as justification, it does not do anything but remove the unlawfulness of the action of the person who always defends and where the conditions set out in the criminal law, which include current illegal aggression, reasonable necessity of the means employed and lack of sufficient provocation, and necessary prerequisites for the proof can be alleged and that human beings can rely on it and avoid the imposition of a penalty.

## INTRODUCCION

El Estado a través de las normas ha implementado un sistema cuya principal finalidad es que los miembros de la sociedad puedan convivir en paz. Se trata, en realidad del objetivo principal de un estado de derecho, de modo que se procura una especie de “felicidad colectiva” por sobre la “felicidad individual”. Pero, para que dicha convivencia sea posible, es que existe un sistema normativo, integrado por prohibiciones y mandatos. Y es aquí donde reside la principal función del derecho penal: sancionar mediante una pena a la persona que no cumple con las aludidas normas.

Sin embargo, el orden jurídico no sólo está integrado por normas que establecen prohibiciones y mandatos, sino también de otra clase de disposiciones que contienen permisos o autorizaciones. Es decir, bajo ciertas circunstancias, se les permite a los ciudadanos realizar conductas que se encuentran previstas por la ley como delictivas al encuadrar en un tipo penal. Cuando ello ocurre, nos encontramos frente a una “causa de justificación”.

Dicho de otro modo, nuestro ordenamiento penal también ha creado normas de excepción, a través de las cuales se regulan las causas de justificación que eliminan la antijuricidad de la conducta. En lo que aquí interesa, el Estado permite que quien ha sido agredido por un individuo pueda impedir o repeler de dicha agresión y defenderse ante ella de manera legítima.

Entre las causas de justificación previstas en el Código Penal Ecuatoriano se destacan la legítima defensa y el estado de necesidad. Ambas tienen su propia regulación y sobretodo sus propios requisitos, resultando muy importante saber diferenciar ambas eximentes de responsabilidad penal.

La legítima defensa como se estudiará en el presente trabajo no hace otra cosa más que eliminar la antijuricidad de la acción de la persona que se defiende frente a una agresión, siempre y cuando se cumplan con los requisitos y presupuestos exigidos en la ley. Así se deberá previamente estar frente a una agresión ilegítima actual o inminente, lo que significa que el agresor deberá realizar la conducta antijurídica y el sujeto pasivo del delito deberá defenderse frente a ella.

Otro de los presupuestos que se deben cumplir para alegar legítima defensa es que exista la necesidad racional del medio empleado, es decir que el que se defiende de la agresión debe buscar el medio más idóneo y proporcional a la agresión que esté sufriendo; y finalmente debe existir falta de provocación de quien se defiende, por lo tanto no debe haber una provocación por parte del autor para poder excluir la antijuricidad de su conducta.

Por lo expuesto, al ser la legítima defensa una causa de justificación lo que hará es excluir la antijuricidad de la acción realizada por quien se defiende de una agresión, es decir hará desaparecer la antijuricidad de un acto típico, siempre y cuando cumpla con los presupuestos exigidos en la norma. No olvidemos que nuestra legislación penal ecuatoriana en el artículo 19, cuando trata de la legítima defensa, indica que “no comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona...”.

# **LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA ACTUAL COMO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

## **CAPITULO I**

### **LA LEGÍTIMA DEFENSA**

#### **1. – Legítima Defensa. –**

El Estado a través de la creación de la norma ha pretendido que la sociedad sea protegida de una u otra forma de la misma humanidad, puesto que el Derecho ha regulado tanto el marco penal como civil. Es así que el individuo al contravenir la normativa vigente estará inmiscuido ya sea en una sanción civil, penal o administrativa según sea el caso. El Derecho Penal, lo que hace es “regular la conducta humana, disciplinar la conducta de los ciudadanos imponiéndoles sanciones; por lo tanto, a través de las normas únicamente intenta prohibir o mandar acciones humanas, conductas que partan de la conciencia y voluntad del autor”<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta que al hablar de una conducta punible dentro del Derecho Penal se hace referencia que el delito cometido por cierto individuo cumpla con ciertos caracteres, debiendo tratarse de una acción, típica, antijurídica y culpable.

Se considera acción todo actuar del hombre, siempre y cuando este dirigido desde su voluntad, previo paso por la conciencia<sup>2</sup>. Dicha acción, para ser jurídico-penalmente relevante, debe ser típica, es decir, hallarse expresamente prevista en un dispositivo (tipo penal) previsto en la ley. Además, la conducta debe ser antijurídica, lo

---

<sup>1</sup> Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito I, Primera Edición, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008. Pág. 103.

<sup>2</sup> Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito I, Primera Edición, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008. Pág. 104.

que implica una contrariedad con el orden jurídico en general (ilicitud). Finalmente, es imprescindible que el autor sea culpable, es decir, que haya tenido la capacidad para motivarse en la norma y para actuar conforme a derecho, haciéndose merecedor del correspondiente juicio de reproche.

Como hemos visto, cabe mencionar además que el Derecho Penal ha regulado ciertos casos en los cuales el individuo se encuentra autorizado a obrar típicamente. Es decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar de determinada forma. Tal es así, que nuestra legislación ha regulado varias causas de justificación de un ilícito, entre las que cabe mencionar a la legítima defensa y el estado de necesidad.

En el presente estudio se dará mayor énfasis en la primera de esas causas de justificación (legítima defensa), entendida ésta como una forma de excluir la ilicitud de la conducta, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos en el Código Penal ecuatoriano. Como veremos luego, para que esa defensa sea legítima se requiere que exista agresión ilegítima, que el medio empleado sea el racionalmente necesario y falta de provocación de quien se defiende de la agresión.

### **Definición de la legítima defensa.-**

Se ha definido a la legítima defensa como la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano<sup>3</sup>.

La legítima defensa es un proceso dinámico, en el que se enfrentan dos conductas potencialmente lesivas a intereses jurídicos: un acto de agresión, frente a un acto de defensa. Alguien que ataca y crea el peligro a un bien, y alguien que se opone al peligro y busca apartarlo; agresión y defensa son los extremos de la legítima defensa, las cuales constituyen conductas humanas, así la defensa constituye la destrucción del

---

<sup>3</sup> Carlos Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, ABELEDO – PERROT, Buenos Aires. Pág. 137.

injusto concreto, y de allí su función social, con la protección de un bien jurídico y su función individual.<sup>4</sup>

Así Guillermo Sauer define la justificante diciendo: “Legítima defensa es defensa conforme a Derecho de un injusto peligroso y amenazador, según la relación de fuerzas y valores de la situación, es decir, según la ponderación de los intereses contrapuestos en la situación.”<sup>5</sup>

Jiménez de Asúa, “la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empelados para impedir la o repelerla.”<sup>6</sup>

Para Maggiore “consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa.”<sup>7</sup>

Maurach al respecto indica que: “es la defensa necesaria para repeler, de sí mismo o de un tercero, la agresión actual y antijurídica.”<sup>8</sup>

Soler indica que la legítima defensa “es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada.”

### **1.1. – Principios fundamentales de la legítima defensa.-**

Para poder entender el concepto de legítima defensa, tal como hoy se la concibe, hay que aceptar que ella tiene su fundamento en la filosofía idealista. Si bien se puede afirmar que la institución es más antigua pudiendo llegarse a los griegos, cuando veían el fundamento en la idea del instinto natural y en la propia naturaleza del hombre. Pero la estructura de la legítima defensa, tal y como hoy en día es estudiada, es obra del

---

<sup>4</sup> Orlando Gómez López, Legítima Defensa, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1991.

<sup>5</sup> Obra Citada por Orlando Gómez López. Pág. 207.

<sup>6</sup> Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal, Volumen III.

<sup>7</sup> Maggiore G., Derecho Penal, Segunda Edición, Volumen I, Bogotá, Temis.

<sup>88</sup> Maurach Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea.

idealismo, y eso es claro en los autores que tratan el tema y en los antecedentes. Es decir, es con el contrato social que el concepto de legítima defensa se consolida y toma el fuerte carácter individualista que tiene actualmente.<sup>9</sup>

La legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: el derecho de auto-protección y la necesidad de afirmación del derecho. Es decir que se basa en dos puntos de vista: la protección de sí mismo y la protección del Derecho, se trata de un principio individual y de un principio supra-individual, respectivamente.

– **El derecho a la auto-protección.** –

El derecho de auto-protección o también llamado por la doctrina la protección individual, se base en que la legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual. La legítima defensa es para el particular un derecho protector básico y enraizado en la convicción jurídica del pueblo.

En consecuencia, el fundamento individual de la legítima defensa consiste en el derecho a la “auto-protección” o al resguardo de los bienes jurídicos que el Estado debe reconocer a favor de todo ciudadano. Es decir, se debe aceptar que cada persona pueda proteger sus respectivos bienes jurídicos, cuando se encuentran en peligro como consecuencia de un actuar antijurídico del agresor. De este fundamento se infiere un principio esencial de esta causa de justificación: únicamente puede aceptarse una situación de legítima defensa cuando realmente existe la necesidad concreta de proteger un bien jurídico individual.

Por lo tanto, el ser humano como regla general no puede hacer frente a la legítima defensa en caso de una perturbación del orden público, en la medida en que no sean simultáneamente lesionados sus derechos.<sup>10</sup> Desde este punto de vista, no son susceptibles de legítima defensa los bienes de la comunidad, sin perjuicio del derecho a

---

<sup>9</sup> Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Pág. 139.

<sup>10</sup> Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 608.

defender a terceros, que solo se da en la medida en que el agredido quiera ser defendido.<sup>11</sup>

– **La necesidad de afirmación del derecho.** –

Desde el punto de vista social, la legítima defensa implica también una especie de defensa o afirmación del orden jurídico, pues cuando el agredido impide o repele una agresión ilegal, al mismo tiempo, actúa a favor de la ley. Es decir, no sólo se protegen los bienes jurídicos individuales, sino que también se actúa en beneficio del orden jurídico al rechazar una actuación antijurídica.

La necesidad de afirmación del derecho o prevalecimiento del derecho, en la legítima defensa, al permitir toda defensa necesaria para la protección del individuo, persigue un fin de prevención, pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. La ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantiza exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. A esa intención preventivo–general es a lo que se alude cuando se habla del prevalecimiento del derecho o de la afirmación del derecho.<sup>12</sup>

Por lo expuesto para que la legítima defensa sea considerada como una causa de justificación deben operar conjuntamente los principios antes mencionados, es decir el de protección individual y el de prevalecimiento del derecho.

Bacigalupo al respecto afirma que surge una doble consecuencia, pues no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también la ratificación del orden jurídico como tal, es decir, el fundamento de la defensa necesaria se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho, y además que no hay

---

<sup>11</sup> Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito I, Primera Edición, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008. Pág. 153.

<sup>12</sup> Claus Roxin, Obra Citada, Pág. 609.

proporcionalidad entre el daño que se causa con la defensa al agresor y el daño que hubiere causado la agresión.<sup>13</sup>

Al respecto Cerezo Mir expresa: “que el fundamento de la eximente de la legítima defensa se halla, en primer lugar, en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión. Por otra parte, al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico. La legítima defensa tiene pues un doble fundamento. No basta la simple necesidad de defender un bien jurídico, pues exige que la agresión sea ilegítima, ni es suficiente la necesidad de defender el ordenamiento jurídico (el principio de que el Derecho no debe ceder ante lo injusto) pues a través de esta eximente se tutelan sólo bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, pero no la sociedad o el Estado, como órgano de poder soberano”.<sup>14</sup>

Luzón Peña dice que la legítima defensa tiene un doble fundamento: el aspecto individual, consistente en la necesidad de defensa del bien jurídico personal, esto es, en la necesidad para el Derecho de defender frente a la agresión ilegítima un bien jurídico personal en peligro, y el fundamento supraindividual, que estriba en la necesidad de defensa, afirmación y prevailecimiento del Derecho propio u orden jurídico frente a la agresión antijurídica que lo pone en cuestión, lo que explica las peculiaridades de la legítima defensa frente al estado de necesidad reflejadas en el principio en el cual se establece que, el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto.<sup>15</sup>

Pero, nuevamente debe señalarse que lo que explica la verdadera esencia de esta causa de justificación es el doble fundamento individual y social. Si únicamente se tomara en cuenta el fundamento individual –necesidad de defender un bien jurídico – no resultaría posible diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad. Por el contrario, si solamente se atiende al fundamento social, la legítima defensa se confundiría con la pena, pues tampoco se trata de castigar, sancionar o reaccionar frente a quien realiza una agresión antijurídica, sino que ello únicamente es válido cuando al mismo tiempo, existe la necesidad de proteger el bien jurídico puesto en riesgo. Se trata,

---

<sup>13</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 157.

<sup>14</sup> Cerezo Mir, José, *Obras Complementarias*, Tomo I, Derecho Penal, Parte General, Hara Editores, Perú, 2006, Pág. 612.

<sup>15</sup> Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Universitas, Madrid, 1996, Pág. 587.

en definitiva, de que aceptar una especie de “equilibrio” entre ambos fundamentos de la legítima defensa.

## **1.2. – Diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. –**

Para que la legítima defensa sea considerada como una causa de justificación debe cumplir con los presupuestos establecidos en la norma. Los mismos son: actual agresión ilegítima, necesidad el medio empleado y falta de provocación de quien se defiende. Una vez que el sujeto cumple con dichos requisitos actúa bajo una justificante y se excluye de plano su responsabilidad penal.

Pues bien, otra de las causas de justificación es el estado de necesidad, que al igual que la legítima defensa excluye la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, esta justificante tiene su regulación propia y debe diferenciarse claramente de la legítima defensa. Cabe indicar lo prescrito en el Código Penal Ecuatoriano que al respecto dispone: *“Art. 24. – No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”*

El fundamento justificante del estado de necesidad es el interés preponderante. Lo que determina la exclusión de la antijuridicidad es la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado.

Algunos autores han sostenido que el estado de necesidad sería una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana.<sup>16</sup> Por tal motivo, por ejemplo, no podría afirmarse un estado de necesidad en el caso del médico que para salvar a su paciente que se encuentra en riesgo inminente de muerte, le extrae un órgano (ej. un riñón) a otro paciente, pues si

---

<sup>16</sup> Enrique Bacigalupo, *Obra Citada*, Pág. 360.

bien se habría causado un mal menor (daño a la integridad física) para salvar un bien mayor (la vida del paciente), lo cierto es que dicho proceder implicaría un grave atentado a la dignidad del ser humano.

El estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, tiene su fundamento en la ponderación de bienes jurídicos y más concretamente de intereses, que se completa con el elemento regulador, que es la autonomía de la persona, en el sentido de que el hombre no debe utilizarse como medio para fines de terceros; en cambio la legítima defensa tiene su fundamento en la autoprotección personal y en el prevalecimiento del derecho, por cuanto el derecho no puede ceder ante lo injusto. Así en el estado de necesidad se trata de una salvación del bien o del interés más valioso utilizando para ello un bien o interés de menor valor.

Así Maurach y Zipf define el estado de necesidad diciendo: “un estado de peligro actual para intereses reconocidos, el que sólo puede ser superado mediante la lesión de interés reconocidos de un tercero”.<sup>17</sup>

Moriaud afirma que el estado de necesidad es “un estado tal de cosas, que la salvaguarda de un bien necesita la comisión de un acto en sí mismo delictivo”.<sup>18</sup>

Manzini dice: “El estado de necesidad como una causa de no punibilidad, está constituido por una situación individual jurídicamente reconocida, por el cual el que se encuentra en ella se halla determinado a violar un mandato penal en propia y ajena salvaguarda y que tiene como efecto justificar el hecho proporcional al peligro cuando la causa de tal peligro no puede atribuirse a la voluntad del agente.”<sup>19</sup>

Liszt al respecto indica: “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegido.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 257.

<sup>18</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 258.

<sup>19</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 259.

<sup>20</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 259.

Por lo tanto, en el estado de necesidad el orden jurídico se resigna a que tenga lugar el “mal menor”, y por ello el límite de lo injusto termina en cuanto se actúa para impedir el “mal mayor”. En la legítima defensa, por el contrario, se trata de evitar el resultado de la conducta desvalorada jurídicamente. De lo cual se deriva que, respecto de esta eximente, no será una simple ponderación de “males” lo que nos indique el límite, sino que en la legítima defensa el injusto comenzará cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tenga por efecto la producción de un resultado lesivo que, por su inusitada desproporción respecto de la agresión, provoque más alarma social que la agresión misma.<sup>21</sup>

Luzón Peña al respecto dice que en el estado de necesidad hay un conflicto entre dos bienes igualmente protegido por el derecho. Es lógico que éste no admite que se salve un bien de menor valor a costa de otro de mayor valor. En cambio en la legítima defensa no se exige que el bien que se lesiona sea de menor valor que el que se quiere salvar pues, por un lado, los bienes del agresor pierden en parte su valor al salirse aquél fuera de la órbita jurídica, y por otro lado la defensa no sólo protege un bien particular del agredido sino al orden jurídico mismo.<sup>22</sup>

Por lo expuesto, queda claro lo que se debe entender cuando se habla de estado de necesidad. En esta causa de justificación se sacrifica un interés para salvaguardar otro derecho más importante, lo que difiere de la legítima defensa en la cual el agredido a través de una acción rechaza una acción contraria a derecho. En la legítima defensa, no existe un análisis de ponderación de bienes o intereses similar al estado de necesidad, sin perjuicio de que se reconozca, como límite, los casos en que la desproporción entre los bienes jurídicos resulta manifiesta o absolutamente irracional.

Dicho de otro modo, para que concurra una situación de legítima defensa, únicamente debe analizarse la existencia de una agresión antijurídica actual, la necesidad racional del medio utilizado para impedir la o repelerla y la falta de

---

<sup>21</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, EDIAR, Argentina, 1999. Pág. 590.

<sup>22</sup> Luzón Peña, Obra Citada, Carlos Santiago Nino, La Legítima Defensa, Fundamentación y Régimen Jurídico, Astrea, 1982, Pág. 117.

provocación suficiente. En cambio, como regla general, no debe examinarse el valor de los bienes jurídicos en conflicto. Sin embargo, sí debe aceptarse un límite y, por lo tanto, excluirse la causa de justificación, cuando la reacción del agredido, si bien es necesaria, resulta absolutamente desproporcional e irrazonable, como sería el caso de quien para impedir el robo de las frutas mata de un disparo al agresor. Se trata de casos extremos, donde la exclusión de la legítima defensa obedece a la idea de que la reacción del agredido debe ser también “racional”, pero ello no significa confundir esta eximente con el estado de necesidad.

## **2. – Evolución histórica y antecedentes legislativos. –**

La facultad relativamente amplia de actuar de la legítima defensa existente en el Derecho vigente es el producto de una evolución todavía reciente. La Carolina de 1532 sólo concede en su artículo 140 un derecho a la legítima defensa contra agresiones con armas a la vida o integridad, y ello sólo si no había posibilidad de esquivar. En la ciencia del Derecho penal común poco a poco fue extendiéndose la legítima defensa a la defensa de otros bienes jurídicos, pero autorizándola sólo dentro del marco de la proporcionalidad. Sólo en la época de la Ilustración se impuso la admisibilidad de la legítima defensa frente a todas las agresiones antijurídicas. De acuerdo con esto el Derecho General del Territorio Prusiano (1794) permitió la legítima defensa de cosas, que sin embargo por regla general no podía llegar hasta matar al agresor y que además sólo era admisible si no se podía lograr la ayuda de la autoridad. El Código Penal bávaro de 1813 mantuvo la subsidiariedad de la legítima defensa, pero no requería proporcionalidad entre el daño irrogado y el evitado.

Hasta el Código Penal prusiano de 1851, en su artículo 41, no se produce la ampliación del derecho de legítima defensa que luego pasó al artículo 53 del Código Penal de 1871 y casi con idéntico tenor al artículo 32 del Derecho vigente. De todos modos, la exposición de motivos del código penal prusiano admitía aún la existencia de amplios deberes de esquivar y de acudir a la ayuda de la autoridad. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Reich los fue abandonando cada vez más, hasta que en la postguerra el Bundesgerichtshof y la doctrina científica le han dado a las

restricciones ético–sociales de derecho de legítima defensa, una solución diferenciada, aunque también ampliamente polémica.<sup>23</sup>

Cabe además mencionar que la legítima defensa aparece en el Digesto, en las Partidas y en las Recopilaciones, referidas siempre a ciertos delitos en particular, especialmente los delitos contra la vida y la integridad corporal, como también los referidos a la defensa del domicilio. Así se la legisla en el Código de Napoleón y en el español de 1822. El código de Baviera fue el primero que lo legisló en su parte general, aunque mucho antes había sentado el precedente el proyecto de Mello Freire.<sup>24</sup>

En la legislación ecuatoriana en el Código Penal de 1871 ya estaba regulado lo que se entendía por legítima defensa, así se estableció en la Sección IV que trataba “Del homicidio, heridas o golpes justificados”, describiéndose en el artículo 452 lo siguiente: *“Art. 452. – No hay crimen ni delito cuando el homicidio, las heridas o los golpes fueren exigidos por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismos o de otros.”* En el Código Penal de 1871 ya se hablaba de legítima defensa en el sentido de que no existirá delito cuando se tratara del caso de una necesidad actual, sin embargo no se regularon cuáles eran los requisitos que se debían cumplir para poder exclamar dicha causa de justificación sino simplemente se hablaba en forma general de una “necesidad actual”.

Más tarde, el Código Militar de 1961, mencionó en el artículo 23 lo siguiente: *“Art. 23. – Tampoco cometen infracción los que obran en legítima defensa de su persona, cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repelerla, falta de provocación suficiente de parte del que se defiende e imposibilidad de recurrir a la fuerza pública, en el momento de la agresión.”* En este código ya se consideró la legítima defensa de otras personas como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, así como también en la norma antes mencionada ya se establecía cuáles eran las condiciones, requisitos y presupuestos que

---

<sup>23</sup> Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo 1, Madrid-España, 1997, Thomson, Pág. 610.

<sup>24</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Argentina, Ediar, Pág. 593.

se debían cumplir para que se pueda reconocer esa causa de justificación, así como eximir a la persona que se defiende de que sea sancionada por el hecho de la defensa ante un ataque o acción actual.

Actualmente el Código Penal Ecuatoriano ha regulado en el artículo 18 cuando prescribe lo siguiente: *“No hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.”* Al decir que el acto este regulado por la ley hace referencia a los actos o a las causas de justificación que nuestra legislación penal ha establecido, siendo éstas la legítima defensa y el estado de necesidad.

Así las causas de justificación no son otra cosa que determinadas situaciones de hecho y de derecho que hacen o cuyo efecto son las de excluir la antijuricidad de la conducta o de la acción, siempre y cuando que dicha conducta – acción – cumpla con los requisitos exigidos en ella, entonces nuestra legislación así como otras legislaciones a través de las causas de justificación declaran lícitas determinadas conductas humanas.

Por lo expuesto, la legítima defensa se encuentra detallada en el artículo 19 de la legislación penal ecuatoriana que dispone lo siguiente: *“No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”*, de modo que un individuo para alegar esta justificante deberá en primer término cumplir con los requisitos exigidos en la norma, caso contrario no podrá alegar como causas de justificación en el evento de que no se cumplan con las condiciones antes detalladas.

Así también se ha dispuesto en el artículo 20 del Código Penal Ecuatoriano lo siguiente: *“Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un*

*incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias, a menos que conste que el autor no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que debían encontrar las intenciones de éste.”*

Por lo tanto inicialmente la legítima defensa fue considerada en el Código Penal de 1871 en el cual se eximía del crimen a la persona que se defendía o defendía a un tercero. En esa época ya se consideró a la actualidad, por cuanto en la norma mencionada se requería la “necesidad actual” de la defensa para poder alegarla.

Así también luego en el Código Penal Militar de 1961 ya se consideró los presupuestos y requisitos que se deben cumplir para que exista la causa de justificación, es así que ya en ese tiempo se debía cumplir con los requisitos como: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repelerla, falta de provocación suficiente e imposibilidad de recurrir a la fuerza pública. En este código existió un requisito adicional el cual era “imposibilidad de recurrir a la fuerza pública”. Como se sabe la fuerza pública es la que debe mantener el orden y defender al ciudadano cuando se encuentre amenazado de cualquier forma, sin embargo, la norma consideró que el individuo podía defenderse siempre y cuando se encuentre imposibilitado de recurrir a la fuerza pública. Cabe mencionar además que, en la legislación penal ecuatoriana vigente, ya no se requiere de ese presupuesto, puesto que la legítima defensa para que sea considerada como una causa de justificación simplemente indica que debe existir: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación de quien se defiende, excluyendo y anulando el presupuesto considerado anteriormente, es decir, el de la imposibilidad de recurrir a la fuerza pública.

### **3.- Breve referencia a los requisitos exigidos por la ley: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente.-**

El Código Penal Ecuatoriano en su artículo 19 dispone lo siguiente: “*Art. 19. – No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona,*

*con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”*

Como surge de nuestra legislación penal para que la legítima defensa como eximente de responsabilidad, pueda ser alegada, debe cumplir con los requisitos exigidos en la ley, los cuales son: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación por parte de quien se defiende. A continuación daremos un pequeño concepto de cada uno de los requisitos exigidos en la legislación ecuatoriana.

### **3.1. – Actual agresión ilegítima. –**

En cuanto a la agresión, esta debe ser producida por una acción humana, por cuanto es del individuo de donde nace el acto ilegítimo para realizar la conducta prohibida, por lo tanto, la defensa en contra de animales no está contemplada en nuestro ordenamiento para alegar la legítima defensa. Así también, cabe indicar que la agresión puede tener lugar en forma activa –acción– o pasiva –omisión– (los cuales se detallarán en el próximo capítulo). La agresión además puede ser tanto intencional como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia.

Se dice que la agresión es actual cuando se está ejerciendo en el momento y mientras dure la situación de riesgo para el bien o interés jurídico. Y se califica de inminente cuando no ha comenzado aún pero se juzga inmediato su comienzo, y también cuando parece haber cesado pero es evidente que podría comenzar de nuevo inmediatamente.<sup>25</sup> Así el autor cita a Bernardino Alimena, quien al respecto dice: “Pero la actualidad del peligro hay que entenderla, en su fatal realidad, tal como se presenta en la mente del agredido; por consiguiente, es posible que el peligro comience antes que la agresión haya comenzado, y si se espera que la agresión comience, será demasiado

---

<sup>25</sup> Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental, Vol. II. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1995.

tarde, y es posible que el peligro continúe aun después que la agresión parece haber cesado, porque podría comenzar de nuevo”.

Algunas legislaciones como la Noruega hablan de un ataque ilegal, el italiano como injusta provocación, el holandés de ataque repentino e ilegal, el ruso de injusto, el húngaro de ataque o amenaza injusta o eminente, el español de agresión ilegítima y el japonés de lesión inminente ilegítima.<sup>26</sup>

En nuestro caso, la ley exige dos cosas que exista una agresión y que ella sea ilegítima.

### **3.2. – Necesidad racional del medio empleado. –**

La defensa es necesaria si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. La necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es adecuada para impedir o repelar la agresión.<sup>27</sup>

Enrique Bacigalupo, al respecto dice: “Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño.”

Algunos tratadistas han mencionado que la legítima defensa se basa en dos premisas: La primera en que se haya creado una situación de necesidad para quien se defiende y la segunda es que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro. Ante esto, la necesidad es la exigencia sin la cual la defensa no es legítima, por lo que Jiménez de Asúa, recalca que la necesidad, más que un simple requisito de la legítima defensa, es una condición sine qua non. Así como no hay defensa legítima, sin agresión ilegítima, no habrá legítima defensa sin necesidad. La necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa, imposibilidad de usar otros

---

<sup>26</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 131,

<sup>27</sup> Enrique Bacigalupo, *Obra Citada*, Pág. 354.

medios drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción. Para determinar si el medio empleado para repeler la agresión es racionalmente necesario, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. La palabra “medio” tiene la significación amplia comprensiva de todo género de acciones y omisiones. Al calificarse la necesidad de racional, se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una cierta proporción en los medios, y por otra, que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta.<sup>28</sup>

Es decir, la regla general es que la necesidad del medio no se determina en función de la “proporcionalidad” de los bienes jurídicos en conflicto, pues únicamente se exige que el agredido utilice el medio efectivo para impedir o repeler la agresión que resulte menos lesivo en el caso concreto. Sin embargo, hay que aceptar ciertas restricciones a la legítima defensa cuando la desproporción entre los bienes es manifiesta o irrazonable. Por ejemplo, no debería aceptarse que para defender un bien de valor insignificante –como una manzana o una golosina– se pueda causar la muerte del agresor. En un estado de derecho no pueden tolerarse ni aceptarse reacciones que superen cualquier racionalidad. La vida constituye un bien supremo y en estos casos no se puede permitir su sacrificio para resguardar bienes jurídicos de un valor insignificante.

### **3.3. – Falta de provocación de quien se defiende. –**

En cuanto a este requisito de la legítima defensa se ha producido varias dificultades en la teoría y en la práctica. En la teoría se discute si la provocación debe ser intencional o si es suficiente cuando ha ocurrido por descuido. Así mismo hay quienes han interpretado la provocación como una agresión ilegítima, al entender por tal

---

<sup>28</sup> Carlos Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Abeledo – Perrot, Buenos Aires . Pág. 155.

la acción que justifica la agresión, con lo que el requisito sería superfluo. Las interpretaciones son, en general, insatisfactorias.<sup>29</sup>

La pérdida del derecho de defensa por parte del que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero sí “suficiente”. Ello significa que debe consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero no producida totalmente sin responsabilidad del agredido antijurídicamente. Desde este punto de vista es indiferente que la provocación sea intencional o no.<sup>30</sup>

Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa, y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito. Provocar significa tanto como causar, pero también excitar, incitar a una cosa.<sup>31</sup>

La provocación es suficiente cuando en el caso concreto, es adecuada para provocar la agresión, pero no bastante para justificarla. No toda provocación torna ilícita la defensa, sino solo la que es suficiente. La palabra suficiente da una idea de cantidad, lo que en el aspecto que nos ocupa se traduce en cierta gravedad. No cualquier provocación es suficiente; debe tener cierta cuantía. Una provocación insignificante no perjudica la licitud de la defensa.

Pero, hay que insistir que la provocación no puede ser confundida con la agresión. Si en realidad la provocación se transforma en una forma de agresión ilegítima, entonces, el sujeto provocado cuando reacciona, lo hace en el marco de una legítima defensa y, por lo tanto, su reacción ya no será una agresión ilegítima. De este modo, no será posible reaccionar frente a ello con legítima defensa, pues no se puede aceptar esta eximente de responsabilidad para responder frente a acciones que son lícitas o justificadas. Como se dice usualmente, no existe legítima defensa contra legítima defensa.

---

<sup>29</sup> Enrique Bacigalupo, *Obra Citada*, Pág. 355.

<sup>30</sup> Enrique Bacigalupo, *Obra Citada*, Pág. 355.

<sup>31</sup> Carlos Fontan Balestra, *Obra Citada*. Pág. 159.

Un acaso especial de provocación lo constituye el supuesto de quien provoca la agresión para colocarse en aparente situación de necesidad. Este caso se conoce como “pretexto o simulación de legítima defensa” y debe rechazarse de plano la presencia de la causa de justificación. Aquí, lo que falla es el aspecto subjetivo de la causa de justificación, pues en rigor de verdad el sujeto no actúa con la finalidad de defenderse, sino que simplemente utiliza la situación de legítima defensa para irrogarle un daño, en forma dolosa, al agresor.<sup>32</sup>

De lo dicho se puede concluir indicando que para que la defensa sea legítima es necesario que concurren las tres circunstancias señaladas por la ley. Si una de ellas no se presenta en el caso, el autor debe ser castigado y la eximente no le ampara.

#### **4.- Efectos de la legítima defensa como causa de justificación.-**

De acuerdo a lo prescrito en el Art. 19 del Código Penal Ecuatoriano, al expresar lo siguiente: “*No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona...*”, puede afirmarse que según la ley en los casos de legítima defensa no se comete ningún tipo de infracción, puesto que se trata de un proceder que encuentra amparo en el derecho. Al respecto de este punto Maurach al referirse a las causas de justificación dice: “*En estos casos ha sido el legislador quien ha realizado por sí mismo una valoración de la situación de conflicto: cumplidos los presupuestos especiales respectivamente regulados por la ley, el autor es autorizado a imponer intereses protegidos aun en desmedro de otros intereses jurídicamente reconocidos...*”<sup>33</sup>

Una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a Derecho.<sup>34</sup> La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo

---

<sup>32</sup> Ver Javier Esteban de la Fuente, El aspecto subjetivo de las causas de justificación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Bs. As., 2008, p. 206 y ss.

<sup>33</sup> Reinhart Maurach, Karl Heinz Gösel, Heinz Zipf, Derecho Pena, Parte General, Tomo II, Astrea, Buenos Aires 1995, Pág. 197.

<sup>34</sup> Claus Roxin, Obra Citada, Pág. 602.

han ayudado o inducido.<sup>35</sup> Esto último, se deriva del principio de la accesoriadad de la participación criminal, según el cual, únicamente puede castigarse a quien participa en un hecho que es típico y, además, antijurídico. El simple hecho de instigar o colaborar con quien actúe en el marco de una causa de justificación no puede dar lugar a ningún tipo de responsabilidad penal.

Por lo tanto, en cualquier causa de justificación, la conducta debe estimarse lícita, adecuada a derecho y no puede generar ningún tipo de responsabilidad o consecuencia penal ni tampoco civil. No se trata, simplemente, de una eximente de pena o de una causa que excluye la punibilidad, sino que directamente no existe injusto penal (hecho ilícito). Esa es la inteligencia que corresponde asignarle al artículo 19 de la legislación ecuatoriana, cuando establece que el sujeto que actúa en legítima defensa no comete ninguna clase de infracción.

Por el contrario, la legítima defensa, cuando concurren todos los requisitos previstos por la ley, no excluye ni elimina el carácter típico de la conducta. Se trata de una acción típica, pero que no resulta antijurídica por la concurrencia de la causa de justificación.

Al no haber un injusto penal, el hecho no puede generar ningún tipo de consecuencia jurídico-penal. Obviamente, al no haber delito, no es posible imponer ninguna clase de pena, pero tampoco una medida de seguridad, pues éstas exigen indefectiblemente que al menos exista un actuar típico y antijurídico por parte del autor. Como en los casos de legítima defensa se excluye la antijuridicidad de la conducta, ni siquiera se ingresa al análisis de la culpabilidad y, por lo tanto, no es factible la imposición de medidas de seguridad.

Finalmente, el hecho de que la acción sea lícita para todo el orden jurídico y no sólo para el derecho penal, implica que, por ejemplo, no resulte procedente ningún tipo de reclamo de indemnización civil que se base en el hecho ilícito como presupuesto de

---

<sup>35</sup> Enrique Bacigalupo, Obra Citada.

la responsabilidad. Si la conducta es lícita y autorizada por el orden jurídico, no existe una conducta antijurídica para ninguna rama del derecho.

Por lo tanto, una vez que se han cumplido con los requisitos exigidos en la ley penal –actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente– se excluye la antijuridicidad del acto y, por lo tanto, la existencia del delito.

#### **5.- Los bienes defendibles. –**

Así como la agresión puede atacar a cualquier bien jurídico, la defensa puede ejercerse respecto de todo interés jurídicamente protegido, sea material o inmaterial, con tal que la defensa sea adecuada y necesaria según la magnitud de la agresión. Pero ha de tratarse de intereses lícitos, esto es, jurídicamente tutelados; no es aceptable la defensa legítima de intereses ilícitos o prohibidos por el ordenamiento jurídico de una nación.<sup>36</sup> Por lo tanto, es necesario que el bien que se defiende sea lícito a fin de que el mismo esté acorde al ordenamiento jurídico que lo protege y lo reafirma, cuando ha sido atacado por un individuo.

Son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, libertad, propiedad, custodia, honor, etc., sin embargo existen casos en los cuales no estarían amparados bajo la legítima defensa, por ejemplo la fidelidad, por cuanto no se puede obligar a través o mediante violencia a ser fiel a la pareja. También es legítimamente defendible la vida en formación, y si se intenta un aborto en contra de la voluntad de la embarazada, así concurre una legítima defensa de terceros a favor de la embarazada, lo cual se encuentra regulado en nuestra legislación penal ecuatoriana en el artículo 21 que indica “*Art. 21.– No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurran las dos primeras circunstancias del Art. 19 y que, en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella el que defiende.*”

---

<sup>36</sup> Orlando Gómez López, Legítima Defensa, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1991, Pág. 88.

Para que pueda hablarse de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno, es condición que el bien que se defiende se tenga realmente, y que no se trate de una simple expectativa, lo cual nos recuerda a lo prescrito en la ley civil, en el sentido de “que las meras expectativas no constituyen derechos”. De lo dicho, Luzón Peña anota que la pretensión o expectativa de un derecho o crédito no da lugar a defensa porque no se tiene, y en tal virtud no existe un derecho cierto en peligro.<sup>37</sup>

En consecuencia, el bien jurídico atacado y defendido puede ser cualquiera, por ejemplo la vida, la integridad personal, el honor, la libertad, el patrimonio económico, la tranquilidad, el domicilio, la familia, la seguridad pública, y, en fin todo derecho legítimo sin importar su rango, naturaleza, jerarquía, valor, significado, titular, etc., con tal que la defensa resulte proporcional a la magnitud de la agresión.

El bien defendido puede ser propio o ajeno, privado o del Estado. Existe una intensa discusión respecto de la posibilidad de emplear legítima defensa para proteger bienes jurídicos “colectivos”.

Al respecto, se ha dicho que la defensa no puede ser un mecanismo individualista, ni medio exclusivo de tutela de derechos personales, la defensa es también un situación social, de beneficio personal y supraindividual, tal como, responde a un hombre que vive en sociedad, no se puede olvidar que el hombre es un ser social y la defensa es un instrumento de protección del ser humano, ha de servir a la defensa del hombre o de las instituciones necesarias para la vida en la sociedad. Por lo tanto, cualquier bien es susceptible de ser atacado y correlativamente de ser defendido, con tal que la repulsa sea racionalmente proporcionada.<sup>38</sup>

La cuestión es que de acuerdo con la concepción liberal de la sociedad, el orden jurídico no debe reconocer bienes primarios supraindividuales; todos los bienes básicos que el derecho debe proteger lo son en relación a individuos de carne y hueso que puedan recurrir a ellos para la elección y materialización de planes de vida.<sup>39</sup> Por lo

---

<sup>37</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 89.

<sup>38</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 91.

<sup>39</sup> Carlos Santiago Nino, *La Legítima Defensa, Fundamentación y Régimen Jurídico*. Astrea, Buenos Aires, 1982.

tanto de acuerdo a lo que la doctrina reconoce es que los bienes defendibles deben pertenecer al individuo, al ser humano.

Para expresarlo en términos claros, en el caso de los bienes jurídicos colectivos, únicamente puede aceptarse la legítima defensa, en la medida de que se trate de situaciones en las que se afecta al mismo tiempo bienes jurídicos del individuo. No es posible, por ejemplo, emplear legítima defensa para defender bienes como la administración pública, el orden público, el orden socio-económico, etc., pues para ello está precisamente el Estado. En cambio, sí es posible utilizar esta eximente de responsabilidad para proteger los llamados bienes colectivos “intermedios”, como la salud pública o el medio ambiente. En estos casos, si bien estamos frente a bienes que pertenecen a toda la comunidad, lo cierto es que casi directamente se encuentran involucrados los bienes jurídicos individuales y ello es lo que debe llevarnos a aceptar la legítima defensa.

Cabe indicar además que frente a derechos relativos a reclamaciones y pretensiones contractuales no son susceptibles de legítima defensa, por cuanto de ser aceptada una legítima defensa en estos casos, el acreedor podría imponer su derecho a través de la fuerza o mediante la violencia.

La cuestión no ha de encararse seleccionando bienes, sino relacionando la acción de defensa también con la importancia del bien defendido, para apreciar si existe la necesidad racional del medio empleado, como lo reclama la ley.

Esa es también, en términos generales, la opinión de Jiménez de Asúa y de Soler ante textos que siguen el sistema argentino para regular la legítima defensa. El primero dice que si la repulsa es necesaria y proporcionada al bien que se defiende, todos los bienes jurídicos, incluso los más pequeños y los más fácilmente reparables, pueden ser resguardados de cualquier agresión. El segundo sostiene el principio de que todo bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Carlos Fontan Balestra, *Obra Citada*, Pág. 143.

La mayoría de las legislaciones han regulado que todos los bienes son defendibles, así en cada una de las legislaciones se encuentran detallados los bienes que son susceptibles de defensa; nuestra legislación penal ecuatoriana no ha considerado de forma detallada cuáles son los bienes que se pueden defender, simplemente ha considerado a la causa de justificación –legítima defensa– de forma general, al simplemente enumerar cuales son los requisitos que deben cumplirse para poder alegar dicha eximente.

Al respecto el Código Penal Ecuatoriano ha prescrito lo siguiente: “*Art. 20.– Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias, a menos que conste que el autor no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atienda al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que debían encontrar las intenciones de éste. Art. 22. – Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación. Art. 23. – No hay infracción en los golpes que se den sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de hurto o robo, cuando se les sorprende en flagrante delito, o con las cosas hurtadas o robadas.*”

Por lo tanto, la legislación penal ecuatoriana ha descrito que bienes son defendibles, estableciéndose y describiendo cuáles son éstos, que la mayoría como se dijo son delitos contra la propiedad, mencionando además en el artículo 22 la legítima defensa de la persona que es víctima de un delito sexual, en este caso se habla de delitos contra las personas –homicidio y lesiones– pero sólo cuando se traten de delitos contra la libertad sexual, dejando de lado otros delitos contra las personas como el duelo, el abuso de armas, la injuria, el rapto, el secuestro, etc.; sin embargo, como el artículo 19 indica cuales son los requisitos que se deben cumplir para alegar la legítima defensa,

por lo que cabe imaginar que los delitos que no se encuentran detallados en el artículo 22, se podrían regular por lo descrito en el artículo 19 del Código Penal ecuatoriano.

Dicho de otro modo, la enumeración y mención de situaciones que se efectúa en la ley no puede ser entendida como taxativa, pues como hemos dicho, todos los bienes jurídicos son susceptibles del derecho a la legítima defensa.

Cabe indicar algunos bienes que son defendibles:

1. – La defensa de la vida e integridad personal. – La vida es el mayor bien y es el interés defendible por excelencia. La ley protege la vida o proceso de la existencia del hombre como ser natural, desde el momento de la concepción sancionando el delito de aborto, hasta el momento en que cesan en forma irreversible las funciones vitales del cuerpo y de la mente.

La vida del feto, es un interés defendible, es un ser humano en evolución y una vida que debe ser protegida por el ordenamiento, por lo tanto la vida del natus puede ser defendida legítimamente, sin embargo, cabe mencionar que el artículo 20 de nuestra legislación penal enumera algunos casos en los que cabe la legítima defensa, mencionando en el mismo sólo delitos contra la propiedad, sin encontrarse en ese listado nada respecto de la vida o de los delitos contra las personas, lo cual incurriría en un vacío legal, por cuanto sólo se podría alegar legítima defensa cuando la propiedad de un individuo sea vulnerada. Sin embargo, como hemos visto, las situaciones que describe la ley como supuestos de legítima defensa no pueden ser entendidas en forma “taxativa” sino sólo ejemplificativa, de modo tal que debe aceptarse esta causa de justificación para proteger otros bienes aún cuando no se encuentran específicamente mencionados.

Respecto a la vida del feto, sin embargo, Luzón Peña, señala lo siguiente: “La vida del feto no es un bien jurídico de una persona (porque el feto no es aún persona) y consiguientemente no es legalmente defendible”, indicando el autor citado que si cabe la defensa contra el aborto no consentido, pero en tal caso lo que se defendería sería la integridad de la madre.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 94.

La vida como bien supremo es la existencia del ser de la especie humana, en tal virtud el ataque a este interés puede darse en cualquier fase de la existencia, desde la vida fetal, en el momento del nacimiento, a partir del nacimiento y cualquier momento posterior. Debiendo además anotar que el ataque a la vida no se puede confundir con el ataque a la persona, la vida es un acontecer natural y biológico, la persona es un concepto jurídico.<sup>42</sup>

Finalmente, en lo que respecta a la defensa de la persona por nacer, es importante aclarar que no es posible invocar la legítima defensa cuando estamos frente a una de las indicaciones del aborto. Si la ley autoriza la interrupción del embarazo, por concurrir alguna de las indicaciones (ej. aborto terapéutico), debe descartarse la posibilidad de emplear legítima defensa para proteger al feto, pues dicha práctica, al encontrar adecuación en la ley, no puede considerarse como una agresión ilegítima.

2. – La libertad. – Uno de los derechos más amplios y complejos es el de la libertad, sin la cual no podría entenderse ni ejercerse los demás derechos. La libertad se ataca cuando se impide un acto de libre voluntad, cuando se obstaculiza la libre autodeterminación, o cuando se impide el movimiento, hacer o no hacer algo.<sup>43</sup>

Por lo expuesto, constituyen agresiones a la libertad, el secuestro, la detención arbitraria, los delitos contra la libertad sexual. Así habrá legítima defensa de la libertad cuando el agresor ataca el poder del hombre de actuar conforme a su voluntad, o cuando pretende imponerle un comportamiento o actitud.

La libertad de locomoción y movimiento, es una de las más importantes manifestaciones de la libertad, así en la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a la libertad como uno de los derechos capitales, indicando que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado; dando como ejemplo el

---

<sup>42</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 95.

<sup>43</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 99.

hecho de que se secuestra a una persona, la muerte del secuestrador es proporcionada a la agresión si es el medio necesario para recobrar la libertad.<sup>44</sup>

En cuanto a la libertad sexual, es decir a la libre disponibilidad sexual del cuerpo, queda comprendido dentro de los derechos defendibles, cuando decimos que la libertad sexual es la libre disponibilidad que tiene el ser humano capaz de consentir en cualquier trato o relación a que lo lleve su instinto de reproducción, siempre que no sea en un acto delictivo.<sup>45</sup>

En cuanto a este bien, como se dijo en líneas pasadas, el Código Penal Ecuatoriano ha dispuesto en el artículo 22 lo siguiente: *“Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación.”* Por lo tanto, se exime la conducta de la víctima de un delito sexual, siempre y cuando concurren los presupuestos descritos en el artículo 19. En este caso se contempla el derecho a la libertad sexual, el mismo que es susceptible de legítima defensa, por cuanto en este caso en particular, la ley es clara al disponer que no existe infracción alguna y que no responde por el homicidio o las lesiones causadas al sujeto activo del delito, cuando una persona está siendo víctima de un delito de violación u otro contra la libertad sexual. La víctima en este caso se encuentra respaldada por la eximente o justificada por la legítima defensa en el caso en que el individuo arremeta en contra de su libertad sexual.

3. – El honor, la honra y la dignidad. – Dentro de los derechos más preciados para el hombre están el honor, la honra, la dignidad, bienes morales estos que son atributos de la personalidad humana; por ello el honor tiene una faceta subjetiva o individual que se refiere al valor que el mismo individuo se reconoce y al sentimiento de autoestima y respeto–dignidad, como ser social.<sup>46</sup>

El honor como bien individual debe ser entendido en su sentido subjetivo y objetivo, el honor subjetivo entendido como el sentimiento que cada uno tiene de su

---

<sup>44</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 99.

<sup>45</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 99.

<sup>46</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 103.

propia dignidad moral, la suma de valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo; en el sentido objetivo se entiende como la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros, representando, pues, la opinión ajena de los demás hacia nosotros y que se conoce con el término reputación.<sup>47</sup> El honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena.

La moral como forma ideológica de la vida social es un conjunto de reglas y normas, históricamente establecidas y sujetas al cambio en la historia, de conductas de las personas, un conjunto de reglas y normas comunes para la clase social de que se trate o para toda la sociedad. La honra o reputación es externa, llega desde afuera, como el criterio de que los demás tienen de uno.<sup>48</sup>

El honor, la honra y la dignidad pueden ser atacados y lesionados de diversas formas: por medio de la palabra, por escrito, utilizando gestos, actuaciones o por cualquier medio de comunicación, por la difamación, la injuria y la calumnia, delitos estos que se encuentran contemplados en el Título VII, De los delitos contra la honra, en donde en los artículos 489 y siguientes describen los tipos penales referentes a las injurias calumniosas y no calumniosas, a la difamación y a la denuncia temeraria y maliciosa.

Al respecto de la legítima defensa del honor, lo que la causa de justificación en estos delitos busca es evitar el daño, por lo tanto para que sea posible la repulsa en menester que el daño al honor aún no se haya ocasionado, que el ataque no haya culminado para que sea factible evitar el daño; por otra parte, la defensa del honor es posible mientras subsista el peligro a consecuencia del ataque, pero una vez consumada la ofensa o pasada la injuria, no es aceptable la defensa, puesto que el mal está ya ocasionado y no existe nada que defender, puesto que no olvidemos que uno de los requisitos exigidos en la causa de justificación es la actualidad de la agresión.

---

<sup>47</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 103.

<sup>48</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 104.

Sin embargo cabe aclarar que en el caso de un ataque verbal, no es permisible la defensa si la acometida se ha consumado, pero si el sujeto continúa en forma ininterrumpida profiriendo palabras injuriosas, es lícito detener el ataque al honor. Por lo tanto, para que haya agresión al honor, a la honra, es necesario que el acto tenga poder para deshonrar, por lo cual no basta el ánimo de injuriar, sino la actitud concreta de ofender unido a la conciencia del carácter injurioso de los hechos y la voluntad de proferirlos o realizarlos.<sup>49</sup>

4. – La habitación. – El domicilio y todas sus dependencias son derechos defendibles contra toda penetración o intento de penetración violenta, engañosa o clandestina. La habitación es toda casa o parte de ella utilizada para la vivienda o morada del hombre. La legislación penal ecuatoriana, ha contemplado un Capítulo “De los delitos contra la inviolabilidad del domicilio”, en los cuales se sanciona a las personas que sin orden judicial o sin orden del dueño han procedido a ingresar a un domicilio. Para que se pueda realizar la defensa legítima en este caso, será condición que la agresión no haya pasado y que aún sea posible rechazar al intruso, impedir su penetración o expulsarlo si ya ha penetrado, por lo tanto, cabe la legítima defensa del domicilio, por cuanto el artículo 20 del Código Penal Ecuatoriano en su parte pertinente dice: “...o rechazando durante la noche el escalamiento o la fractura de los cercados, murallas o **entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias**...” (las negritas me corresponden) por lo que nuestra legislación penal si contempla la legítima defensa de la habitación al hacer mención al escalamiento o fractura, lo cual se encuentra en concordancia con lo prescrito en la violación de domicilio.

---

<sup>49</sup> Orlando Gómez López, Obra Citad, Pág. 106.

## CAPITULO II

### LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA ACTUAL COMO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 1. – Concepto de agresión ilegítima. –

Roxin ha definido a la agresión como “la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana.”<sup>50</sup>

Para Maurach y Zipf la agresión debe entenderse como: “La amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido”.<sup>51</sup>

Hirsch al respecto afirma: “Por conducta humana se quiere significar que debe repelerse la amenaza de una lesión de un acto voluntario, excluyendo los meros actos reflejos.”<sup>52</sup>

De los conceptos que se han dado sobre la agresión, podemos decir que la acción humana es la base de la legítima defensa, ya que de acuerdo a la doctrina dominante solo de una conducta del ser humano puede el individuo defenderse y alegar que su acción se debió a un acto de legítima defensa, puesto que no habría legítima defensa frente a las cosas y a los animales; sin embargo, cuando el ser humano utiliza la cosa o el animal como una especie de instrumento para realizar la agresión sí puede afirmarse la causa de justificación, pues en dicho supuesto existe una conducta humana.

Gramaticalmente agresión significa tanto como ataque o acción de acometimiento. Jurídicamente es amenaza actual o inminente para un bien jurídico. La

---

<sup>50</sup> Claus Roxin, Obra Citada, Pág. 611.

<sup>51</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra Citada, Pág. 172.

<sup>52</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra Citada, Pág. 172.

agresión es ilegítima cuando se trata de una acción a la que el autor no tiene derecho, que el agredido no está obligado a soportar.<sup>53</sup>

De los conceptos dados sólo se ha indicado que se entiende por agresión, sin embargo, como la norma penal y la doctrina ha manifestado que el primer elemento o mejor dicho el primer requisito de la legítima defensa es que exista una agresión la misma que debe ser ilegítima por ello es necesario definir lo que la doctrina entiende como ilegítimo.

Refiriéndose a la ilicitud de la agresión, Hirsch dice: “la agresión será antijurídica cuando jurídicamente no pueda ser soportada en forma obligatoria por el afectado.”<sup>54</sup> Maurach y Zipf, por su parte, afirman: “una agresión es antijurídica si representa un ilícito de conducta y hace temer la realización de un ilícito de resultado, en un interés accesible a la legítima defensa.”<sup>55</sup>

Como tendremos oportunidad de analizar luego, para que exista legítima defensa, la agresión ilegítima además debe ser actual, lo que implica que la agresión ilegítima tiene que ser inminente o persistente en referencia con los bienes jurídicos, lo que lleva a determinar el instante inicial y final de la agresión.<sup>56</sup> La situación de la defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos.<sup>57</sup>

## **2. – La exigencia de voluntad en la agresión: la acción humana como base de la legítima defensa. –**

Como se dijo en líneas anteriores la agresión constituye una amenaza de un bien jurídico por una conducta humana, por lo tanto de acuerdo a este concepto de agresión,

---

<sup>53</sup> Carlos Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Abeleto – Perrot, Buenos Aires, Pág. 147.

<sup>54</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra Citada, Pág. 175.

<sup>55</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra Citada, Pág. 175.

<sup>56</sup> Edgardo Alberto Donna, Obra Citada, Pág. 176.

<sup>57</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Obra Citada, Pág. 603.

se considera que sólo el ser humano es capaz de realizar una conducta contraria a la norma, excluyéndose en estos casos los ataques de los animales, por cuanto los animales no pueden ser sujetos que tengan capacidad para infringir la norma.

Al respecto, el art. 20 del Código Penal Ecuatoriano dispone que *“Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba o hurta en un incendio, cuando son aprehendidos en delito flagrante; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas a una casa o departamento habitados o de sus dependencias, a menos que conste que el autor no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atienda al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a las resistencias que debían encontrar las intenciones de éste.”*

Como se puede leer de la norma antes transcrita la agresión sólo puede venir de una conducta humana, por lo tanto, es necesario hacer alusión a lo que se entiende por acción, teniendo en cuenta la teoría causal de la acción y el concepto final y concepto social de acción.

*1. – La teoría causal de la acción.* – Los defensores de esta teoría han sido Liszt y Beling. La acción es simplemente el comportamiento humano que produce una modificación en el mundo exterior, es decir, el mero impulso voluntario que pone en marcha la relación causal<sup>58</sup>. En esta teoría no se considera la finalidad del autor sino simplemente se analiza la manera objetiva sin tomar en consideración el aspecto subjetivo<sup>59</sup>. Los defensores del sistema causal indican que el movimiento corporal debe ser voluntario, que el impulso haya sido consciente, sin importar cuál haya sido la finalidad o la intensión del autor<sup>60</sup>. Se toma en consideración como supraconcepto la “voluntariedad”<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Edgardo Alberto Donna. Obra Citada. Pág. 111.

<sup>61</sup> Claus Roxin, Obra Citada. Pág. 237.

El aspecto subjetivo de la acción se analizaba en la culpabilidad, que se integraba por el dolo o la culpa, y como presupuesto de ella se estudiaba la imputabilidad del autor, aplicándose la vieja teoría psicológica de la culpabilidad<sup>62</sup>.

Las críticas que han surgido ante el concepto causal de acción han sido numerosas. Por un lado, se afirma que no contiene una descripción sustancial de las expresiones de la vida humana a las que pueden vincularse valoraciones sociales. El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección de la acción, sino incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera. Además se critica indicando que la tesis causalista no puede servir como base para todas las formas de delito, pues el concepto causal de acción no es aplicable para los delitos de omisión<sup>63</sup>.

La teoría causal presenta graves inconvenientes para explicar y fundar coherentemente lo injusto en la tentativa, pues no existe ninguna causación objetiva del resultado, sino lo relevante para caracterizar una situación de tentativa a nivel del tipo es, precisamente la resolución delictiva y el dolo del autor<sup>64</sup>.

El esquema objetivo–subjetivo del delito, al que se llega como consecuencia de una teoría causal de acción, presenta inconvenientes en materia de error, puesto que no se puede diferenciar el error de tipo del de prohibición. Cualquier forma de error debe excluir el dolo. La circunstancia de que el dolo y la culpa o imprudencia constituyan formas de culpabilidad, no permite resolver correctamente los llamados casos “no exigibilidad de otra conducta”<sup>65</sup>.

2. – *El concepto final de acción.* – Según esta teoría, la acción humana es el ejercicio de la actividad final<sup>66</sup>. De acuerdo a lo manifestado por Welzel –creador de la

---

<sup>62</sup> Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Teoría General del Delito I, Primera Edición, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008. Pág. 119.

<sup>63</sup> Edgardo Alberto Donna. Obra Citada. Pág. 120.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Claus Roxin. Obra Citada. Pág. 239.

teoría final de la acción– la finalidad o carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos. La acción en sentido estricto y preciso es la actividad de la intención humana. Toda acción es una unidad en sentido real dominada por la voluntad formadora de la intención, una realización de la voluntad, realización del sentido de acción impuesto por la voluntad<sup>67</sup>.

Así se dice que la acción final se realiza en dos fases: interna y externa; la fase interna se da en la esfera del pensamiento y contiene: a) la anticipación del fin del autor –propósito–, b) la selección de medios necesarios para su realización y c) la consideración de los efectos concomitantes; y, la segunda fase de la dirección final que se desarrolla en el mundo real<sup>68</sup>.

Por otra parte cabe mencionar que para Welzel finalidad y voluntad son sinónimos<sup>69</sup>. Pues bien, si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana<sup>70</sup>. Sólo la conducta finalista aparece como conducta específicamente humana y puede ser objeto de valoración jurídica. El Derecho tiene que partir del concepto final de acción<sup>71</sup>.

Los movimientos reflejos, como por ejemplo, ataques epilépticos, no responden al concepto de acción, puesto que como se dijo para el finalismo es acción solo el realizar el acto, a través del propósito, selección de medios y consideración de los efectos concomitantes, por lo que al ser los movimientos reflejos hechos carentes de voluntad en los cuales no existe acción como tal, no son considerados dentro de la teoría finalista.

---

<sup>67</sup> Edgardo Alberto Donna. Obra Citada. Pág. 129.

<sup>68</sup> Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Parte General. Jurídica Chile. 1969. Pág. 44.

<sup>69</sup> José Cerezo Mir. Obra Citada. Pág. 382.

<sup>70</sup> José Cerezo Mir. Obra Citada. Pág. 386.

<sup>71</sup> José Cerezo Mir. Temas Fundamentales de Derecho Penal. Editorial Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires – Argentina 2001.

3. – *El concepto social de acción.* – Acción es comportamiento humano socialmente relevante<sup>72</sup>. Se dice que no se puede renunciar a la fundamentación de un concepto de acción, pero que no puede ser finalista sino social<sup>73</sup>. Además se señala que es necesario un concepto de acción que pueda incluir todas las formas posibles de comportamiento delictivo, que incluya la acción dolosa como también a la imprudencia y la omisión<sup>74</sup>.

La teoría social dice que la acción es la conducta realizada voluntariamente que afecta a terceros o grupo de terceros de forma socialmente relevante<sup>75</sup>.

Por lo expuesto, se puede decir que es acción todo lo que puede atribuirse al ser humano como centro anímico–espiritual de acción<sup>76</sup> y eso falta en caso de efectos que parten de la esfera corporal del hombre, o del yo, de la instancia conductora anímico–espiritual del ser humano. En los ataques convulsivo, movimientos reflejos, el sueño, los delirios son manifestaciones que no son dominables ni dominadas por la voluntad y la conciencia por lo que no pueden ser consideradas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico–espiritual de la persona; además los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual–ánimica de la persona permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en los sucesos del mundo exterior, no se consideran manifestaciones de la personalidad y tampoco acciones<sup>77</sup>.

En la legítima defensa al ser necesario que exista una agresión y la misma sólo la puede realizar como se dijo anteriormente a través de una acción humana, es claro, como hemos visto, que los animales no pueden considerarse agresores a los fines de esta causa de justificación. Sin embargo se deja a salvo la posibilidad de que el ser humano, se valga o se sirva de un animal para realizar una agresión a un bien jurídico protegido. En este último caso, sí es posible ejercer la eximente de legítima defensa.

---

<sup>72</sup> Hans Joachim Hirschi. Derecho Penal. Obras Complementarias. Tomo II. Rubinzal – Culzine Editores. Buenos Aires 1999. Pág. 107.

<sup>73</sup> Hans Joachim Hirsch. Obra Citada. Pág. 107.

<sup>74</sup> Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría General del Delito I. Primera Edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe 2008. Pág. 145.

<sup>75</sup> Wolfgang Naucke. Derecho Penal. Parte General. Astrea. 2006. Pág. 318.

<sup>76</sup> Claus Roxin. Obra Citada. Pág. 252.

<sup>77</sup> Claus Roxin. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid 1997. Pág. 252.

Por otra parte, tampoco puede considerarse agresora a la persona jurídica, pues se trata de un ente ficticio capaz de tener derechos y contraer obligaciones, pero que no pueden actuar en el sentido del derecho penal, dado que no existe auténticamente un comportamiento voluntario. En cambio, sí actúan los sujetos que representan a la persona jurídica y, contra ellos, sí cabe esta causa de justificación. Entonces las personas jurídicas no pueden ser sujetos agresores contra un bien jurídico protegido, sin embargo, si existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica, es decir frente a los funcionarios o servidores, cuando estos actúen antijurídicamente.

Así también, falta una agresión cuando una persona sea puesta en peligro por una no-acción, de otra. No agrede quien golpea a su alrededor por un ataque compulsivo epiléptico o durante el sueño –causas de exclusión de la acción– quien por desmayarse pierde el dominio de un vehículo o quien simplemente es empujado por la fuerza de una avalancha. La persona puesta en peligro por una no acción no tiene por qué soportar la lesión de la amenaza, pero su defensa debe ajustarse a las reglas del estado de necesidad, que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 24 del Código Penal, que dispone: *“No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”* Tema ajeno a nuestro estudio, pero que es traído a fin de que se pueda esclarecer el tema de la no acción.

### **3. – ¿Se exige acometimiento violento en la agresión?**

Cierta parte de la doctrina sostuvo que el concepto de agresión exigía necesariamente una acción que debía contener en sí la fuerza o la violencia, debido a que el concepto, cuando se analiza desde su terminología, contiene esa exigencia. Sin embargo, debe entenderse que se trata de un concepto normativo. Según nuestro criterio la agresión es una acción que no necesariamente debe ser violenta, sino que es

suficiente que amenace o aumente el peligro, de manera ilegal, a bienes jurídicamente protegidos.<sup>78</sup> Es decir, es posible defender todos los bienes jurídicos de la persona, contra agresiones ilegítimas, aún cuando no estemos frente a agresiones con violencia o acometimiento físico.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 20 –mencionado anteriormente– “*Se entenderá que concurren las circunstancias enumeradas en el artículo anterior, si el acto ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo ejecutados con violencia...*”. De lo prescrito en la norma transcrita se puede concluir que es necesario que exista violencia en la agresión para poder defenderse de la misma. Sin embargo, esta disposición debe ser entendida como ejemplificativa y no taxativa. Es decir, se trata de casos donde claramente es procedente el ejercicio de la legítima defensa, pero ello no implica que la causa de justificación no pueda ser invocada en otras situaciones, cuando concurren los requisitos del artículo 19 del Código Penal Ecuatoriano.

#### **4. – Agresión dolosa y agresión imprudente. La discusión en la dogmática. –**

Una especial discusión se ha producido con relación a la posibilidad de que exista una agresión imprudente y no dolosa. Para algunos, únicamente puede afirmarse una agresión cuando hay un actuar doloso, pues ontológicamente la palabra agresión supone dolo o intencionalidad.

No hay ninguna duda que debe aceptarse como agresión ilegítima la acción imprudente, si como se ha sostenido se ha dejado de lado el concepto de agresión como acometimiento violento. La ley no limita la agresión a las acciones dolosas y tampoco se puede aceptar que exista una limitación de tipo lógico o conceptual.

La legítima defensa no exige como requisito necesario que la agresión sea una acción típica, bastando que sea antijurídica, que en principio es lo esencial para que se pueda dar el acto defensivo.

---

<sup>78</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág.174.

Luzón Peña ha indicado y sostiene que no es aceptable la legítima defensa en contra de los actos imprudentes ya que la agresión supone una acción consciente controlada por la voluntad que es tendiente hacia algo, de allí que la agresión debe ser dirigida en contra de bienes jurídicos de terceros.<sup>79</sup> Sin embargo, como hemos visto, la agresión ilegítima no necesariamente debe ser típica, de modo que no podemos hablar de dolo cuando no hay tipicidad.<sup>80</sup>

No obstante, tratándose de culpa inconsciente, generalmente bastará con advertir al sujeto del peligro en que pone a los bienes ajenos. Usualmente la defensa no será necesaria, pues bastará con la advertencia para evitar el resultado o alejar el peligro.<sup>81</sup> Una vez advertido el sujeto sobre el peligro y a pesar de ello pretende el sujeto continuar con su conducta confiando en que el resultado no se dará o con suerte lo evitará, lo cual su actuar o su conducta seguirá siendo imprudente.

Por otro lado, puede haber una situación en la que el sujeto no pueda contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia inconsciente, y que podría dar lugar a una legítima defensa, pues por más que le advierta del peligro el titular de los bienes, ya no puede hacer nada para evitarlo, en este supuesto no podría hablarse de una agresión, dado que no puede ser tal un curso causal que esta fuera del control del sujeto.<sup>82</sup>

Finalmente, es importante aclarar que en la legítima defensa se puede justificar acciones imprudentes cuando “una consecuencia no querida” de una medida defensiva está amparada por legítima defensa si dicha consecuencia “pertenecen a los riesgos típicos de la clase de defensa legítimamente elegida”, es decir si se tratan de consecuencias que surgen de la carga de peligros del medio defensivo, por ejemplo cuando el sujeto podía usar una arma de fuego para golpear al agresor en una situación de legítima defensa.

---

<sup>79</sup> Luzón Peña, *Obra Citada*. Pág. 179.

<sup>80</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Obra Citada*, Pág. 597.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

## 5. – La omisión como forma de agresión: omisión propia e impropia. –

La agresión además puede realizarse también mediante omisión, aunque algunos autores han negado dicha tesis por cuanto ellos se fundamentan en que la agresión requiere ya conceptualmente un hacer activo. También existe la limitación de la agresión por omisión a quienes tengan un deber de garantía; sólo quienes tengan que responder de la evitación del resultado pueden agredir, puesto que a ellos se les imputa el resultado, correspondiente a la lesión del bien jurídico. La legítima defensa frente a una agresión omisiva se puede realizar, o bien obligando al garante a efectuar la actividad que evite el resultado, o bien siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado. En el ejemplo de la madre que deja morir de hambre a su hijo, estará justificado por legítima defensa de terceros el sujeto que obligue con violencias o amenazas a alimentar al niño.<sup>83</sup>

En cambio no hay una agresión cuando, aunque alguien omita antijurídicamente, no se le imputa la omisión de evitar el resultado como lesión del bien jurídico, sino que dicha omisión debe compensarse mediante una demanda civil u otros recursos jurídicos. Así por ejemplo el deudor que no cumple su prestación, infringe en su caso sus deberes, pero el acreedor no puede actuar en legítima defensa, sino que debe demandarlo a través del órgano jurisdiccional respectivo para hacer valer sus derechos.

Luzón Peña afirma que existe un grupo de autores que sostienen que la omisión no puede ser considerada como agresión ilegítima, otros autores que la admiten y otros que tienen una posición intermedia como Jakobs que la limita en tanto la omisión infrinja un deber jurídico basado en la posición de garante, de cuidado.<sup>84</sup>

Luzón Peña, afirma que “cabe plantear la objeción de que frente a agresiones omisivas no habrá necesidad de defensa en absoluto, pues a un tercero le bastaría con realizar la conducta omitida; pero hay que responder, por una parte, que ello no es válido cuando la omisión consiste en la no entrega de una cosa que sólo posee el

---

<sup>83</sup> Claus Roxin, *Obra Citada*, Pág. 613.

<sup>84</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 199.

omitente, y, por otra, que también puede haber necesidad de coaccionar, lesionar, etc., al omitente cuando se trata de una actuación que el defensor no sabe o está en condiciones de realizar”.<sup>85</sup>

Además Luzón Peña afirma que la omisión propia no afecta bienes jurídicos individuales, por lo que no puede considerarse una agresión ilegítima. Ante esto Zaffaroni dice: “Si bien la omisión propia se funda en un deber general de solidaridad, no por ello tutela únicamente el sentido de solidaridad social, sino que este resulta tutelado sólo secundariamente. La omisión de socorro pone en peligro la vida o la integridad física de las personas, al igual que la omisión de denunciar el plan de un homicidio. No nos cabe duda que puede actuar en legítima defensa quien es puesto en peligro con la omisión de auxilio o quien puede resultar víctima del homicidio cuya denuncia se omite.”<sup>86</sup>

Maurach y Zipf afirman que la agresión, supone cierta actividad, de modo que el mero no hacer no constituye una agresión. “Empero, un no hacer algo, puede llegar a representar una agresión, cuando el sujeto que omite actuar está sometido a la obligación de desempeñar determinada actividad”<sup>87</sup>

En mi opinión, la omisión puede dar lugar a una agresión y, por lo tanto, a la eximente de legítima defensa, cuando el sujeto que omite tenía un deber especial de actuar y era, además, garante respecto del bien jurídico involucrado. Tal sería el caso del guía de montaña que se niega a llevar a los turistas de regreso o de quien luego de atropellar a una persona se niega a asistirle o a trasladarla a un hospital. Por el contrario, no es posible invocar la legítima defensa cuando nos encontramos frente a un supuesto de omisión simple o propia. En este último caso, sólo será posible que se configure la eximente de estado de necesidad.

## **6. – La antijuridicidad de la agresión. –**

---

<sup>85</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 199.

<sup>86</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Obra Citada*, Pág. 599.

<sup>87</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 199.

Como la ley exige, la agresión debe ser antijurídica. La antijuricidad de la agresión coincide con el concepto de antijuricidad de la teoría general del delito. Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sin que tenga que suponer también un desvalor de la agresión, es decir, faltará la antijuricidad de la agresión cuando el agresor esté amparado por una causa de justificación. Tampoco cabe legítima defensa cuando el agredido está amparado por consentimiento, como ocurre en el caso de quien pelea en una riña mutuamente aceptada.

La opinión dominante, pretende determinar la antijuricidad de la agresión partiendo únicamente del resultado. Según ello sería agresión antijurídica toda lesión de un bien que amenace producirse por una conducta humana y que no esté amparada por un derecho de intromisión. Por eso también debería afirmarse legítima defensa propia y ajena frente a una conducta correcta en el tráfico, es decir conforme a la diligencia debida y por ello carece de todo desvalor de la acción, pero que suponga una amenaza de peligro.<sup>88</sup>

No obstante, de lo dicho en líneas anteriores, la agresión ilegítima es la agresión antijurídica, es decir, toda conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho. Al respecto Luzón Peña sostiene que no es suficiente con la antijuricidad para caracterizar la agresión ilegítima, sino que debe agregarse que la agresión debe afectar bienes jurídicos, pues considera que la tentativa inidónea es un caso de acción antijurídica que no afecta bienes jurídicos, por lo que no admite que contra ella tenga lugar una legítima defensa.<sup>89</sup>

Otros autores han manifestado y admiten la legítima defensa ante una agresión culpable, por lo que el concepto de antijurídica en la ley penal debería entenderse en el sentido de culpable, esta opinión lleva a los mismos resultados que la que en caso de falta de culpabilidad del agresor pretende excluir ya la presencia de una agresión. Jakobs al respecto sólo excluye la legítima defensa ante agresiones evidentemente inculpables, por no cargar el riesgo de error sobre el agredido. Samson requiere una

---

<sup>88</sup> Claus Roxin, *Obra Citada*, Pág. 616.

<sup>89</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Obra Citada*, Pág. 599.

agresión dolosa o subjetivamente contraria al cuidado debido, y por tanto no considera suficiente el desvalor objetivo de la acción. Para Mayer en cambio dice que la agresión ha de ser culpable y dolosa. Schmidhauser dice que ha de ser dolosa y con conciencia de que no está permitida; y Bertel no admite la legítima defensa ante agresiones de niños y enfermos mentales y ante agresiones que no hagan temer una lesión de un bien jurídico que haya que tomarse en serio.<sup>90</sup>

Así la agresión es ilegítima cuando es antijurídica. No es necesario que, a su vez, constituya delito. Si no se requiere que la agresión sea consciente o proveniente de un capaz de culpabilidad o imputable, se suele restringir la defensa contra los que obran sin coincidencia de lo que hacen, pues contra ellos no cabe la ratificación del orden jurídico. Por lo tanto, en estos casos sólo cabe la defensa necesaria si el autor no tiene posibilidad de evitar la agresión por otros medios.

La doctrina defiende la antijuricidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que recae sobre los bienes de quien no tiene obligación de tolerar dicha agresión. Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión en la medida en que sea una acción no autorizada (justificada).

En suma, la legítima defensa puede emplearse contra cualquier agresión contraria a derecho, aún cuando no resulte típica y, por lo tanto, no estemos frente a un delito. Pero sin ilicitud en la conducta del agresor, no será posible invocar este eximente. Por ejemplo, no se puede emplear legítima defensa para responder contra quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación.

## **7. – La culpabilidad en la agresión: agresiones de inimputable. –**

Otra de las cuestiones debatidas es si la agresión debe ser, además, una conducta culpable.

---

<sup>90</sup> Claus Roxin, *Obra Citada*, Pág. 617.

Frias Caballero al respecto dice “inimputabilidad no significa justificación, lo único que excluye es la capacidad de culpa y por tanto la culpabilidad, permaneciendo subsistente la antijuricidad del hecho no justificado.”<sup>91</sup>

Si lo antijurídico es lo no justificado, es claro que el ataque de un demente, un menor no se encuentra justificado por el orden jurídico. La ilegitimidad implica un juicio de desvalor del acto y no del autor, y en tal virtud el acometimiento puede provenir de un inimputable con tal que realice conducta; la ausencia de culpabilidad del autor no desvirtúa la ilicitud de la agresión.<sup>92</sup>

Cabe manifestar que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del derecho es considerablemente menor que de lo contrario; y por eso una defensa en tales casos, no está requerida en la misma medida que en los otros y ha de procurar tener mayores consideraciones. Pero el prevalecimiento del derecho no se queda sin objeto: la legítima defensa debe afirmar el derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad; y debe dejar claro quién está del lado del Derecho y quien en el del injusto. Si una persona es agredida por unos adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivos generales reconocer su defensa como legítima defensa; el agredido no puede saber si posteriormente en el proceso se les reconocerá o no a los jóvenes la madurez moral y espiritual precisa para su responsabilidad, y por tanto eso ha de ser indiferente para su derecho de legítima defensa.

Sólo podría ser de otra manera si la legítima defensa tuviera un carácter penal, es decir que sirviera para castigar al agresor. Pero eso no es así en absoluto: la víctima de una agresión no tiene un derecho a penar que está exclusivamente reservado a los tribunales penales, y además, de admitirse una finalidad análoga a la penal, la legítima defensa tampoco se podría limitar a lo necesario para impedir o repeler la agresión.

---

<sup>91</sup> Frias Caballero J, Teoría del Delito, Caracas, Livrosca.

<sup>92</sup> Magaldi, Obra Citada por Rolando Gómez López, Pág. 153.

En contra de la transformación de la agresión antijurídica en una agresión culpable habla también la circunstancia de que la importancia de ese acto de fuerza en la interpretación que contradice el concepto legislativo es nulo. Pues los autores que niegan la legítima defensa contra una agresión antijurídica pero no culpable, no obstante no quieren exigirle al agredido que soporte la agresión, sino que, apelando a la regulación del estado de necesidad, le conceden las mismas facultades de defensa que permiten una legítima defensa con restricciones ético–sociales. Y con ello vuelven a renunciar a los efectos preventivos generales de la legítima defensa, tan valiosa a efectos de psicología social, y a la distinción entre injusto y culpabilidad, elaborada con tanto esfuerzo a lo largo de la evolución dogmática precisamente en referencia al derecho de legítima defensa, sin poder colocar de ningún modo al agresor no culpable en una posición mejor que la que se deriva de la teoría aquí defendida.

Cabe indicar además que existen causas de exclusión de la acción como base de la culpabilidad, no existe acción como base de culpabilidad en los siguientes casos:

1. Cuando la conducta no es imputable a la decisión libre, sino a una anomalía psíquica grave del autor.
2. Cuando el autor no obra libremente sino coaccionado, es decir, para evitar alguna amenaza o peligro grave que condicionó la decisión de realizar la conducta.
3. Cuando hay error, es decir, cuando el sujeto obra por desconocimiento de una situación determinada.<sup>93</sup>

De acuerdo a la posición aquí defendida, en estos casos es posible afirmar el derecho a la legítima defensa, pues existe una acción antijurídica por parte del agresor, por más que su actuación no haya sido culpable.

## **8. – El requisito de la actualidad en la agresión ilegítima: agresiones inminentes o persistentes. –**

### **8.1. – Aspectos generales. –**

---

<sup>93</sup> Alberto Donna, Obra Citada.

Debemos iniciar indicando que una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue. Por lo tanto, la agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquella, es equivalente a la actualidad.<sup>94</sup>

Actualidad significa lo mismo que presente, “en el mismo momento que”, y hace relación a un suceso que ocurre en un mismo contexto de tiempo que otro, por ello, la actualidad de la agresión quiere significar que la defensa debe ser coetánea al ataque, pues mientras se dé el acometimiento puede producirse la defensa. Para que la agresión pueda considerarse actual no es necesario que el daño se haya ocasionado, basta la presencia del peligro, pero es de entender que la defensa procede ante el daño que se está ocasionando y que puede aumentar, y ante peligro de daño, esto es, ante el daño inminente.<sup>95</sup>

La actualidad no es sólo referible a la agresión, sino también al acto defensivo, pues si actual es lo que se presenta o se está sucediendo mientras otro evento transcurre, significa que la actualidad de la agresión exige coetaneidad de la defensa; la agresión era actual cuando la defensa se dio en el contexto de la existencia de la agresión.<sup>96</sup>

Cabe indicar además que el término actual comprende la agresión existente, la inminente y la subsistente, conceptos estos que son modalidades de la agresión actual. Así, la agresión “existente”, se refiere al ataque que se ha desatado y que ya no sólo es un peligro sino un ataque en marcha. La agresión “inminente”, es aquella que, no siendo presente, aún no se ha desencadenado pero que está por desencadenarse, en tal forma que si no se obra ya, la violencia se desata. La agresión subsistente será aquella que ya habiéndose desatado está en marcha, y habiendo producido ya algunos efectos, aun no ha cesado y puede lesionar más intensamente o concretar el daño al bien defendido, la agresión subsistente es la iniciada pero no concluida.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Enrique Bacigalupo, Obra Citada.

<sup>95</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 126.

<sup>96</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 128.

<sup>97</sup> Orlando Gómez López, Obra Citada, Pág. 128.

Por lo tanto, la coetaneidad entre agresión y defensa no denota una inmediatez matemática, pues, en la vida real, siempre el peligro o la agresión surge primero que la defensa; el acto de defensa responde a una situación de riesgo, y por ello siempre se dará a continuación de presentado el peligro o iniciada la agresión, o ya en el curso de la misma, por lo tanto, cabe indicar que transcurrido algún tiempo después de producida la agresión, no hay ya defensa sino venganza, tema muy alejado al que estamos estudiando, lo cual excluye definitivamente la configuración de la causa de justificación.

Debemos decir entonces que la agresión debe poner al bien jurídico en peligro grave de deterioro o pérdida inminente, de modo que si este requisito no existe, no se dará uno de los extremos de la legítima defensa. Cerezo Mir al respecto dice que el peligro o deterioro no sólo debe ser considerado en el sentido material, ya que por bienes no sólo se entiende las cosas muebles e inmuebles, sino además a los derechos patrimoniales, de allí que baste con cualquier menoscabo a esos últimos.<sup>98</sup>

Se exige que el peligro sea grave, significa que el riesgo al bien jurídico debe ser lo bastante probable.

Una agresión es actual cuando ella es inminente o cuando teniendo lugar todavía prosigue. Roxin afirma que: “como el estar teniendo lugar, por ejemplo una paliza está plenamente en curso cuando aparece inminencia y de la prosecución y por tanto no puede plantear problemas de delimitación, sólo es preciso interpretar el comienzo y el fin de la actualidad”.<sup>99</sup>

De lo dicho se puede decir que la agresión es actual cuando aquella lesión es inminente o persistente de bienes jurídicos, por lo que se puede determinar el instante inicial y final de la agresión.

---

<sup>98</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 192.

<sup>99</sup> Claus Roxin, *Obra Citada*, Pág. 618.

El problema surge en averiguar, o mejor dicho, en saber a ciencia cierta desde cuando y hasta cuando el sujeto agredido puede defenderse. Si la defensa se realiza antes no existiría derecho a la defensa y si lo realiza luego de la lesión la misma se perderá como una causa de justificación.

La posición que han mantenido Schmidhauser y Samson, en el sentido de que ya existiría agresión ilegítima en los casos de la llamada solución de eficiencia, que consiste en afirmar que una agresión es inmediatamente inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo lo sería en condiciones más graves.<sup>100</sup> La crítica a esta posición ha sido en el sentido de que debería considerarse actual una agresión anunciada previamente, lo cual no sería aplicable de acuerdo a lo que la norma penal ha prescrito por cuanto en ella se ha indicado que la agresión debe ser actual, entendida esa actualidad como inminente, es decir en ese momento, por lo que mal podríamos aceptar la teoría de los autores antes mencionados, puesto que se produciría un excesivo adelanto de la causa de justificación.

Para Roxin la solución pasa en una posición que se sitúe entre ambos extremos. “En la agresión actual sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de la tentativa. En este ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan la legítima defensa en donde encaja el disponerse inmediatamente a la agresión. Eso significa en las agresiones violentas por ejemplo que concurra una agresión actual con el inicio –no simplemente verbal– de las hostilidades que dentro de un proceso histórico único van a dar lugar a la realización del tipo. Por tanto, el sujeto que se acerque a otro con ánimo de lesionarle blandiendo un arma contundente de modo amenazante, ya se le puede disparar en defensa a la pierna, por mucho que sólo haya tentativa de lesiones en el momento en que la víctima esté al alcance del agresor y éste levante la mano para golpear.”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 193.

<sup>101</sup> Claus Roxin, *Obra Citada*.

Jescheck y Weigend indican que la situación de legítima defensa comienza tan pronto como existe un peligro que amenaza al bien jurídico de carácter inmediato por medio de una agresión. De esta forma la situación depende, de los medios que tiene a su mano el agresor. Para ello lo que resulta decisivo es el pronóstico objetivo de un espectador experimentado colocado en la situación del agredido y no la representación subjetiva de éste. La mera intención de agredir que no ha sido accionada externamente no constituye todavía ataque alguno. En este sentido se dan algunas circunstancias, tal es el caso de los delitos permanentes, como ser la detención ilegal, en la cual la agresión sigue siendo actual hasta tanto se prolongue la situación antijurídica. Y agregan que permanente es también un ataque cuando, aunque en verdad la lesión del interés protegido ya ha tenido lugar, sin embargo en conexión inmediata con aquél puede ser desplegada enseguida una acción de sentido contrario que lo anule total o parcialmente.<sup>102</sup>

Jacobs en principio afirma que la defensa es posible mientras la agresión sea actual. El fundamento es doble: “por una parte, es necesario que exista algo tan drástico como un ataque actual para hacer tolerable el pasar por alto la proporcionalidad ante el bien atacado y el daño causado en la defensa. Por otra, la evitación del delito planificado, así como la recuperación planificada de los bienes sustraídos delictivamente, es misión de la policía; sólo al haber una ataque actual la urgencia de la situación sobrepasa la preocupación de por las competencias. En este sentido ha de interpretarse el carácter actual”.<sup>103</sup>

Así mismo Roxin también parte de la idea de que es posible actuar el legítima defensa mientras la agresión continúe, e igualmente opina que aunque esté formalmente consumado el delito podrá existir la defensa necesaria si no está materialmente terminada o agotada la agresión. Deduciendo las siguientes consecuencias: la primera es que es admisible la legítima defensa en los delitos permanentes, si se mantiene la situación antijurídica, por ejemplo el allanamiento y la detención ilegal, lo llevan a afirmar que si bien se han consumado ambos hechos con las acciones de entrar y de

---

<sup>102</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 194.

<sup>103</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 195.

encerrar, la agresión sigue siendo actual mientras el intruso esté en la casa y la víctima siga encarcelada. De allí que estén justificadas las conductas de ayudar a las personas que se encuentran encerradas o de tirar la puerta del calabozo para liberar al sujeto.<sup>104</sup>

## **8.2. – La defensa anticipada. –**

Algunos autores han manifestado que cabe defensa contra la agresión que no siendo aún iniciada se ve venir, por cuanto el sujeto se dispone o prepara para desatar el acometimiento; allí surge el peligro, elemento suficiente para la defensa. Así el sujeto honesto puede ejercer su defensa antes de que la agresión se inicie o concrete en acontecimiento. Lo que aquí se debe presentar es la coetaneidad entre la existencia del peligro –no ya del ataque– y la respuesta defensiva, que siempre será inmediatamente sucesiva.<sup>105</sup>

Jiménez de Asúa afirma que existe legítima defensa no sólo contra ataques actuales sino también ante el peligro real que proviene de una agresión inminente, cuya ejecución va a ser inmediata y no para el futuro.<sup>106</sup>

La inminencia es una correlación de tiempo y denota algo que si bien “no es”, “será”, en los instantes próximos. De alguna manera algo inminente es lo que aún no está, pero que razonablemente se ve venir, debe ser objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto debe existir una situación, una actitud, manifestaciones, actos o situaciones concretas de una persona de la cual pueda razonablemente temerse la iniciación del ataque, y esa actitud concreta debe ser real y constituir un cuadro que coloque al sujeto en real situación de ataque; y es subjetivo en cuanto es la persona agredida quien efectúa el juicio lógico de inferencia o deducción.<sup>107</sup>

Al respecto de este tema Alimena manifiesta: “Pero la actualidad del peligro hay que entenderla en su fatal realidad, tal como se presenta en la mente del agredido; por consiguiente, es posible que el peligro comience antes que la agresión haya comenzado,

---

<sup>104</sup> Edgardo Alberto Donna, *Obra Citada*, Pág. 197.

<sup>105</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 132.

<sup>106</sup> Jiménez de Asúa, *Obra Citada*.

<sup>107</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 132.

y si se espera que la agresión comience sería demasiado tarde, y es posible que el peligro continúe aún después que la agresión parece haber cesado, porque podría comenzar de nuevo”.<sup>108</sup>

En el concepto de lo inminente lo subjetivo juega un papel muy importante, aunque por sí mismo no sea suficiente, por ser el hombre quien aprecia la situación e infiere el advenimiento inmediato del ataque, su valuación es subjetiva, por lo que el juez debe colocarse ex ante para apreciar la situación y no efectuar el análisis doctrinal en la tranquilidad del despacho judicial, alejándose de la realidad psicológica vivida por el atacado. La defensa no solo busca evitar daños sino también prevenir injustos ataques a los intereses lícitos, de allí que sea jurídica la conducta orientada a impedir que se inicie el acontecimiento, a evitar que el atacante pueda desplegar su plan o actitud agresiva, pues, si lo dejamos actuar, tal vez pueda ser imposible la defensa, ante el peligro que nace del comportamiento de quien pretende agredir; la defensa en este supuesto se debe dar antes que la agresión se inicie.<sup>109</sup>

Por otra parte Fontan Balestra, al respecto dice, la defensa contra la agresión inminente, es decir del ataque que aún no se ha iniciado pero que puede tener principio, constituye lo que se ha denominado defensa anticipada, pues con ella se pretende impedir que el ataque se inicie, y sólo se puede impedir lo que no se ha producido.<sup>110</sup>

Es indispensable destacar, como hemos visto al comienzo, que en la legítima defensa no se protege únicamente el bien concreto individual puesto en peligro por la injusta agresión actual o inminente, sino que también se afirma la superioridad del orden jurídico frente a las pretensiones de su desconocimiento. El fundamento de la eximente es, efectivamente doble. Tiene un lado individual, consistente en la necesidad de la defensa del bien jurídico particular y un lado supraindividuales: la necesidad de defensa del orden jurídico.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 132.

<sup>109</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 133.

<sup>110</sup> Carlos Fontan Balestra, *Obra Citada*, Pág. 287.

<sup>111</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 135.

Se dice que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger bienes, la legítima defensa anticipada se menciona en el momento en el cual la legislación penal contempla como requisito de la causa de justificación “necesidad racional del medio empleado para **repeler** dicha agresión” (las negritas son mías) entendiendo que la norma ya se opone al peligro por cuanto el sujeto agredido puede resistir a la agresión a través de los medios necesarios para evitarla.

### **8.3. – La defensa subsistente. –**

La agresión es subsistente en tanto se presente un estado de peligro o de daño continuado sobre el bien atacado, como ocurre en los delitos continuados y permanentes; asimismo, mientras sea posible el mantenimiento del bien o su recuperación inmediata. Cuando la agresión no se encuentra totalmente terminada, sea porque los actos constitutivos de la misma continúan, o porque el atacante necesita realizar otros para concretar o perfeccionar su acometimiento, o de alguna manera para asegurar el producto de la agresión coloca en peligro al atacado o aumenta la cantidad o calidad del peligro, el ataque es subsiste y es legítima defensa.<sup>112</sup>

Para que pueda considerarse subsistente el ataque es menester que la agresión se proyecte en el tiempo y en el espacio, bien con actos repetidos –golpes, disparos, persecución con arma, secuestro, detención arbitraria– en tal forma que el peligro de más daño o continuación del que se sufre siga presentándose. Pues bien, en caso de huida del agresor se elimina la actualidad o subsistencia del ataque, y el daño que se le ocasione a partir de la retirada definitiva es punible, pudiendo plantearse dos soluciones: un exceso en la defensa, cuando el agredido lesiona al atacante que ha desistido, sin mediar solución de continuidad; y un delito doloso, cuando a raíz del abandono, huida o desistimiento, el inicialmente atacado, en nuevo acto decide lesionar al agresor inicial. La huida del atacante excluye la defensa a menos que ella sea un medio para perfeccionar el acometimiento o constituya la prolongación del ataque. Si el agredido continúa con su actitud defensiva sobre el atacante ya caído o desarmado, que no significa un riesgo, desaparece la defensa.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 141.

<sup>113</sup> Orlando Gómez López, *Obra Citada*, Pág. 142.

No es aceptable el exceso si luego de terminado el ataque surge la idea de castigar al agresor, pues en tal caso se plantea un nuevo comportamiento, vinculado psicológicamente al episodio inicial, pero desvinculado finalísticamente del mismo, pues ya no busca defender, sino vengar.

Por lo tanto, la defensa debe ser, oportuna, lo que equivale a exigir que debe darse mientras subsista el peligro para el bien. La defensa es inoportuna cuando se ejerce antes o después de producido el peligro, lo que importa para la oportunidad de la defensa no es el tiempo en el cual se tomen medidas preventivas, sino el momento en el que tienen lugar los actos constitutivos del rechazo al peligro.<sup>114</sup>

Por lo expuesto, nuestra legislación penal ecuatoriana, cuando regula a la legítima defensa como una causa de justificación, no especifica si la defensa a la agresión o el peligro debe darse antes o después de la misma, sin embargo, la norma exige que se trate de una “actual agresión ilegítima” la misma que debe entenderse que se está cometiendo en ese momento y no antes o después, claro está que este particular tocará dilucidar al juez de acuerdo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso concreto.

## **9. – Determinación “ex ante” o “ex post” de la agresión ilegítima y de su actualidad. –**

Una cuestión de suma importancia en la legítima defensa consiste en determinar cómo se determina o constata la presencia de una agresión ilegítima. Existen, al respecto, dos criterios fundamentales:<sup>115</sup>

a) De acuerdo a una posición tradicional, la agresión ilegítima debe existir en la realidad y debe ser comprobada conforme a un juicio “ex post”. Es decir, para que pueda afirmarse una situación de legítima defensa, no alcanza con que el autor haya actuado en la creencia de que concurría una agresión ni tampoco basta con que objetivamente hayan existido elementos para suponerlo. En todos los casos, la agresión debe existir realmente y ser comprobada con las pruebas en el caso concreto. En todo

---

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> Véase DE LA FUENTE, Obra Citada, Pag. 217 y ss.

caso, la existencia o no de motivos para suponer razonablemente la presencia de una agresión será una cuestión de importancia para determinar la evitabilidad o inevitabilidad del error, pero no alcanza para fundamentar la legítima defensa.

b) Por el contrario, según algunos autores, la agresión ilegítima y, en general, todos los elementos objetivos de la causa de justificación, no pueden ser analizados ni determinados “ex post”, sino conforme a una perspectiva “ex ante”, es decir, de acuerdo a lo que era objetivamente razonable suponer en el momento del hecho y en el caso concreto. Dicho de otro modo, si el sujeto realiza la conducta en virtud de que todos los elementos objetivos existentes en el momento concreto del hecho conducían a pensar que efectivamente había una agresión ilegal, su conducta debe ser justificada, aún cuando “ex post” se demuestre que no concurría realmente una situación de justificación.

c) En mi opinión, la solución más adecuada es la “intermedia”.<sup>116</sup> Para que exista legítima defensa, debe haber una agresión ilegítima y tiene que haber existido en el mundo real y ser comprobada “ex post”, de modo que no basta con que el autor haya obrado suponiendo razonablemente la existencia de la agresión. No es posible afirmar un caso de legítima defensa, frente a situaciones en las que, en realidad, no había una agresión. Por ejemplo, la mujer que dispara contra su marido que ingresa por la ventana de la vivienda, al confundirlo con un agresor, no actúa en legítima defensa sino en error –se trata de un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación-. No resulta adecuado afirmar en esos casos la causa de justificación, pues al no existir realmente una agresión, no existe necesidad de proteger un bien jurídico –fundamento individual– ni tampoco de defender el orden jurídico –fundamento social–.

Sin embargo, para determinar la mayor o menor gravedad e intensidad de la agresión, y de esa forma, constatar la “necesidad racional” del medio utilizado en la defensa, sí que debe tomarse en cuenta un criterio objetivo “ex ante”. Por ejemplo, quien es apuntado con un arma en el marco de una agresión, puede defenderse justificadamente y dispararle al agresor y su conducta será lícita aún cuando con posterioridad se demuestre que el arma del agresor se hallaba descargada. La verdadera peligrosidad de la agresión y su mayor o menor inminencia, constituyen elementos que

---

<sup>116</sup> Ver DE LA FUENTE, Obra Citada, Pag. 231 y ss.

deben ser examinados y analizados de acuerdo a lo que era razonable suponer para el autor en el momento concreto del hecho.

En síntesis, la agresión debe existir en la realidad y ser comprobada “ex post”. En cambio, su peligrosidad, su gravedad y su mayor o menor inminencia, deben constarse de acuerdo a un criterio objetivo “ex ante”.

## CONCLUSIONES

- El Estado ha regulado a través de sus normas legales civiles, penales, administrativas, etc., formas de convivencia humana, a fin de que la sociedad pueda vivir ordenadamente. Así también, el derecho penal, el cual se encarga de sancionar a través de una pena a quienes transgreden las normas impuestas por el Estado. Sin embargo, junto a las prohibiciones y mandatos, el orden jurídico también ha previsto autorizaciones o permisos, que dan lugar a las denominadas causas de justificación.
- Las causas de justificación implican excluir la antijuridicidad de la conducta, es decir, el actuar resulta lícito, conforme a derecho, de modo que se excluye cualquier consecuencia penal. Pero la conducta debe ser considerada lícita para todo el orden jurídico, de modo que tampoco generaran consecuencias civiles o administrativas que se basen en la responsabilidad por los hechos ilícitos.
- La legítima defensa para que sea considerada como una causa de justificación debe cumplir con ciertos requisitos o presupuestos, los cuales son: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente de quien se defiende, cuyos aspectos generales fueron analizados precedentemente.
- La agresión en la legítima defensa es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana, por lo que la agresión solo podrá realizarla el ser humano, de modo que se excluyen de esta manera a los animales los cuales no pueden realizar una agresión. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que el ser humano se valga de un animal para realizar una agresión, por lo tanto, la agresión la realizará la persona y en tal supuesto sí cabe la legítima defensa.
- Dicha agresión, para fundamentar un caso de legítima defensa, debe ser una acción contraria al orden jurídico –antijurídica–, pero puede tratarse de una

acción dolosa o imprudente. No es preciso, por el contrario, que la agresión constituya una conducta típica, es decir, prevista como delito por el orden jurídico.

- Puede agredirse tanto por acción como por omisión, pero en este último supuesto, únicamente existirá agresión cuando el sujeto tenía especialmente el deber de actuar (posición de garante). En cambio, debe descartarse la agresión y la posibilidad de legítima defensa en los casos de omisión propia, de modo que corresponderá aplicar la eximente del estado de necesidad.
- La agresión debe ser antijurídica, pero no es necesario que exista culpabilidad en el agresor, de modo que es posible emplear legítima defensa contra acciones de inimputables. No obstante, debe aceptarse en estos casos cierta restricción al derecho de defensa, pues el agredido debe procurar evitar al agresor y ocasionarle el menor daño posible, dado que se encuentra considerablemente reducido el fundamento social de la eximente.
- Para que exista legítima defensa, la agresión debe ser actual o inminente. Es posible iniciar la defensa antes de comenzado el ataque, cuando el inicio de la agresión puede considerarse inminente –lo que ocurre cuando el agresor está dispuesto a dar inicio, en ese preciso momento, a la acción agresiva. Una vez iniciada la agresión, el derecho a la legítima defensa puede ejercerse siempre que la agresión persista, es decir, siga siendo actual. Luego de concluida la agresión, ya no es posible la reacción mediante legítima defensa.
- La agresión, como elemento fundamental de la legítima defensa, debe existir en la realidad y se determina conforme a un criterio “ex post”. En cambio, su verdadera peligrosidad, gravedad o su mayor o menor inminencia, deben ser constatados de acuerdo a un criterio objetivo “ex ante”.

## RECOMENDACIONES

- En cuanto a la actualidad de la agresión en la legítima defensa, la legislación penal ecuatoriana debería aclarar en ese sentido la actualidad, es decir, aclarar cuando se inicia y cuando culmina la agresión, por lo tanto, sería indispensable contar con esa reforma en nuestra legislación.
- Así también sería necesaria una reforma en cuanto a la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa, por cuanto en el artículo 19 del Código Penal simplemente se limita a indicar que éste –necesidad racional del medio empleado– como un requisito para que la legítima defensa opere, dejando de lado cómo debe ser esa racionalidad, dejando así al aplicador de la norma calificar ese recaudo, que en cada caso será diferente de acuerdo al delito que se trate.
- Otro aspecto importante sería el que nuestra legislación pudiese regular de alguna forma la legítima defensa “ex ante”, por cuanto como los doctrinarios manifiestan que el sujeto no puede esperar a que la agresión se cometa para poder defenderse, sino que el sujeto pasivo de la agresión ante el peligro que se ve venir pueda actuar y defenderse ante el mismo.

## BIBLIOGRAFIA

- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal, Parte General*. Lima – Peru: ARA Editores.
- Cerezo Mir, J. (2001). *Temas Fundamentales de Derecho Penal*.
- De la Fuente, Javier E. (2008), *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal, Parte General, Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni .
- Eugenio, R. Z. (1999). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Argentina: Ediar.
- Fernández Carrasquilla, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Temis S. A.
- Fontán Balestra, C. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Buenos Aires: Abeleto – Perrot.
- Gómez López, O. (1991). *Legítima Defensa*. Bogotá – Colombia: Temis.
- Hirsch, H. J. (2005). *Obras Completas. Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Maurach, R. (1995). *Derecho Penal, Parte General, Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1982). *La Legítima Defensa*. . Buenos Aires: Astrea.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. CIVITAs.
- Welzel, H. (1969). *Derecho Penal Aleman, Parte General*. Jurídica Chile.