

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

2° CONGRESO DE JÓVENES PENALISTAS

PONENCIA:

"LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN LA LEGÍTIMA DEFENSA:
ANÁLISIS SISTEMÁTICO. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN Y PROPUESTA
SUPERADORA".

AUTORES:

-Fernández López, Juan Manuel (Adscripto Derecho Penal Parte Especial)

(juanmferlop@hotmail.com)

-Fernández López, José María (Adscripto Derecho Penal Parte Especial)

(joseferlop@hotmail.com)

CÓRDOBA - 2010

PALABRAS A MODO DE INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE

La falta de provocación suficiente por parte del que se defiende constituye el tercer requisito exigido por nuestra ley para justificar la defensa privada (art. 34 inc. 6º, apartado C del Código Penal). Para encarar un abordaje de la misma en toda su dimensión, consideramos inexorable conectar esta exigencia con la del apartado A, esto es, la agresión ilegítima. Este modo de contemplar legalmente la causa de justificación de la legítima defensa proviene de la tradición española, y ha dado lugar a numerosas interpretaciones a lo largo del desarrollo de la ciencia penal. Fórmulas legales de una amplitud semejante a la enunciada posiblemente no puedan escapar a un escollo inicial difícil de sortear, cual es el de los vicios del lenguaje (vaguedad, fundamentalmente). Más aún si tenemos en cuenta que se presentan por partida doble: tanto en lo inherente al término “provocación”, cuanto a la delimitación de su nota de “suficiencia”.

Mayoritariamente se ha restringido la discusión a la calificación de la provocación, en cuanto a la entidad que ésta debiera revestir para enervar la legitimidad de la repulsa. Pero, a modo de adelanto de nuestra posición, estimamos que, por más nobles que se consideren los esfuerzos aplicados en tal sentido, pueden llegar a resultar vanos si previamente nos topamos con un inconveniente conceptual al momento de analizar los alcances del término “provocación” en sí mismo. Y este inconveniente conceptual no es menor, si nuestra intención es que la ciencia jurídica coadyuve a la elaboración de una legislación de técnica depurada. Al respecto, consideramos preferible una norma que pueda llegar a pecar de austera y no aquellas que introduzcan elementos que, lejos de facilitar su aplicación, oscurezcan su sentido. Esta advertencia resulta relevante, sobre todo si tenemos en cuenta que, según la interpretación que de ella se haga, estaremos considerando a una misma conducta penalmente reprochable o no. Consecuentemente, postularemos la idea de que el derecho penal debe circunscribir su campo de aplicación al concepto objetivo de agresión ilegítima (como toda conducta contraria al ordenamiento jurídico que habilita una actividad defensiva razonable), ya que sólo éste deberá ser considerado jurídica y penalmente relevante, desplazando así elementos que, por su falta de entidad, no lo son. De ahí la relevancia de la posición que a continuación desarrollaremos.

LA DIFERENCIACIÓN NECESARIA ENTRE AGRESIÓN ILEGÍTIMA Y PROVOCACIÓN

Históricamente aquellos doctrinarios que han propuesto despojar totalmente del derecho a una reacción defensiva a quien supuestamente "ha provocado" la agresión que sufre, han encontrado innumerables obstáculos al pretender profundizar el estudio de una delimitación precisa y necesaria entre dos términos que tienen en sí significados y connotaciones jurídicas totalmente distintas. A tal punto ha llegado tal confusión que Creus mismo pone de manifiesto lo señalado, citando a Bustos Ramírez, cuando dice que no es necesario que la provocación, para ser considerada suficiente, constituya un delito o una tentativa, ni siquiera, según agrega, citando a Bacigalupo, es requisito que se trate de un acto antijurídico¹. En una postura contraria, aunque de lege ferenda, desearía Nino "... que la provocación no sólo constituya una agresión objetivamente ilegítima, sino que sea emprendida voluntariamente con conciencia de su ilegitimidad ..."2. En pocas palabras lo que este autor hace es pretender que se conciba a la provocación como una agresión ilegítima consciente que justifique el ataque. Estos argumentos, a simple vista, no resisten el menor análisis. La provocación, si es que hubiera posibilidad de preverla jurídicamente, no sólo no es necesario que constituya delito, sino que no puede ni siquiera constituir un acto ilícito en sentido amplio, porque allí estaría invadiendo el territorio de la agresión ilegítima. Queda claro como muchos caen en la trampa de confundir dos supuestos que ocupan posiciones totalmente diferentes. Quizás esta confusión también se vea facilitada por la dificultad que presenta el término "provocación suficiente" al momento de su interpretación. A modo de ejemplo, un autor de la talla de Luis Jiménez de Asúa, en las Adiciones al "Programa" de Carrara, no logra sortear la imprecisión conceptual al decir que "... la provocación será suficiente, cuando explique de una manera cumplida y satisfactoria, el ataque mismo ..."3. Cómo se puede explicar "cumplida y satisfactoriamente" un ataque será una cuestión oscura y de difícil delimitación, que lejos de aportar elementos para aplicar correctamente una causa de justificación, complicaría innecesariamente dicha tarea.

¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal - Parte General - 6ta edición actualizada y ampliada*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 327 y sgtes..

² NINO, Carlos Santiago, *Legítima Defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 129 y sgtes..

³ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal – Tomo IV*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1953, pág. 249.

Si bien reconoce a la falta de provocación suficiente como requisito necesario para la existencia de legítima defensa, Fontán Balestra -tomando palabras de Maggiore, Soler y Jiménez de Asúa-, aporta la valiosa aclaración de que "... Cuando la provocación alcanza la cuantía de una agresión ilegítima, es lícito oponer contra ella legítima defensa ..."4. Esto equivale a decir que no hay defensa de legítima defensa. Si provocación suficiente quisiera decir agresión ilegítima, no habría necesidad de que la ley dijera dos veces lo mismo.

Sumamente esclarecedora resulta la manera como Pessoa define "provocación", a través de lo que él llama "mecanismo negativo". El profesor correntino distingue diciendo que "... provocación será aquello que no es agresión (injusta). O, si se quiere, lo que es agresión injusta, obviamente, no puede ser provocación (suficiente o insuficiente) ... Pero el concepto que ahora interesa es el de agresión ... Decimos que es afectación de un bien jurídico, y también se ha dicho que la lista de los bienes jurídicos defendibles por vía del permiso es muy amplia ..."5.

Desarrolla su premisa a través de la formulación de un ejemplo bastante ilustrativo, en el que un sujeto "A" injuria verbalmente a "B" frente a varias personas, y para hacer cesar la ofensa "B" reacciona con golpes de puño lesionando a "A" levemente, respondiendo "A" de igual manera y provocando iguales lesiones a "B". Plantea una primera hipótesis de interpretación diciendo que si las palabras de "A" ofensivas hacia "B" son consideradas "provocación" (suficiente), es dable decir que cuando "B" reacciona con golpes de puño y lesiona, realiza una agresión injusta, perdiendo toda chance de justificación los golpes de "A" en respuesta a los de "B" –agresor ilegítimo-, por haber provocado suficientemente aquel primero a través de sus palabras. Funda esta conclusión en la circunstancia de que "A" no es "extraño" o "ajeno al peligro que vive y que se origina en los golpes de puño de "B"". Pero, a continuación, profundiza su análisis –y este es su aporte más valioso a nuestro criterio- proponiendo considerar las palabras ofensivas de "A", ya no como una simple provocación, sino como "algo más", como una ofensa al bien jurídico honor de "B". Así, dejaríamos de ver ese acto originario como una mera provocación, para constituirse en una "agresión injusta", pasando a ser, automáticamente, los golpes de "B" para hacer cesar la ofensa una conducta defensiva6.

⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal – Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma*, 15ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 320.

⁵ PESSOA, Nelson R., *Legítima Defensa*, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2001, pág. 168.

⁶ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 169.

Aclara atinadamente que "... Una cuestión que no debe llevarnos a confusión es si los golpes de puño de "B" constituyen un medio necesario y racional para la defensa del honor. El medio defensivo podrá no ser el jurídicamente correcto, pero ello no quita que las palabras de "A" sean agresión ilegítima del honor de "B" Lo que queremos mostrar con este ejemplo es que si una conducta reviste ya la calidad de agresión (ilegítima), contra ella cabe la legítima defensa. Después se verá si el acto defensivo reviste las exigencias que el derecho exige para justificarlo. Pero el hecho que no se justifique el acto defensivo, por la eventual falta de necesidad racional del mismo, no quita la calidad de agresión de la conducta anterior que lo determinó. Y lo que es agresión ya no puede perder tal calidad y convertirse en una simple provocación ..."⁷.

Luego de lo señalado, vale decir que, a pesar de las coincidencias que guardamos con el valioso planteo teórico construido por el jurista de mención, partimos de una premisa que nos lleva a conclusiones distintas, y que se expondrá en el punto siguiente.

REFUTACIÓN DE LA CALIDAD DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE DE CIERTOS CASOS QUE SUELEN SER CONSIDERADOS COMO TALES

Si bien adherimos a los argumentos desarrollados con notable claridad por Pessoa al momento de diferenciar conceptualmente la provocación de la agresión, diferimos en la conclusión por cuanto sostenemos que no existen supuestos de provocación jurídicamente relevante que no encuadren en la amplia categoría de agresión ilegítima. En defensa de nuestra posición, expresamos los motivos por los cuales sostenemos que se debe reconocer el derecho a la legítima defensa a quienes, en determinados grupos de casos, el citado autor incluye en la categoría de provocador. Esos supuestos resultan ser cuatro:

1) Casos de voluntad mortificante: conductas que tienen una finalidad mortificante o hiriente respecto a su destinatario sin llegar a ser una "agresión". Postula como ejemplo de esta categoría una broma con alto contenido mordaz, o cualquier palabra o gesto con una carga semántica que lastima, que causa dolor, o que íntimamente mortifica⁸. En este punto consideramos criticable que se juzgue un aspecto de superlativa relevancia penal, como es la antijuridicidad o no de una conducta defensiva, a la luz de un criterio, a nuestro juicio, poco

⁷ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 169.

⁸ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 170.

objetivo –y por ello sumamente aleatorio- como puede ser el de merituar el grado de impacto emocional que puedan llegar a tener ciertas palabras o gestos en el espíritu del que se considera provocado, y no sólo ello, sino también aspirar a distinguir entre los innumerables tipos de reacciones con los que nos podamos enfrentar. Si bien realiza la expresa aclaración de que la nota de provocación voluntaria y mortificante “... no es sino producto de una valoración social, en la que deberán tenerse en cuenta los datos culturales en que se lleva a cabo la conducta que habrá de calificarse como “provocadora” ...”⁹, cuestionamos hasta qué punto resulta útil dicha aclaración, toda vez que el inconveniente que presenta la delimitación conceptual del término provocación no surge con el de la agresión ilegítima, ya que la misma estará definida objetivamente por la ley misma al distinguir aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico de aquellos que no lo son. Eventualmente, y aplicando el análisis postulado por el mismo Pessoa y desarrollado en el punto anterior, deberá elevarse al máximo la exhaustividad del análisis de la conducta del supuesto “agredido provocador”, para corroborar que la misma no constituya un ilícito contravencional –ámbito en el cual hasta se encuentran sancionadas conductas tales como el merodeo, la conducción peligrosa o los disturbios en la vía pública, entre algunos ejemplos- o, eventualmente, y en el afán de agotar el listado de hipótesis posibles, descartar que, al menos, no nos encontremos ante un ilícito civil violatorio del deber genérico de no dañar a otro. Por todo ello consideramos que, al analizar una conducta que pueda ser considerada como voluntariamente mortificante, y una vez descartados todos los supuestos de ilicitud que nos ofrece el sistema jurídico que, a la sazón, no son pocos, nos encontraremos ante una franja de situaciones tan insignificantes (tales como, por ejemplo, el mirar mal a alguien, o bien el sonreír con ironía cada vez que se pasa frente a alguien) que nadie podría pretender, razonablemente, investirles de entidad para deslegitimar la defensa ante una agresión posterior y con supuesto origen en ellas.

2)Casos de conductas de consecuencias previsibles: alude a las palabras, gestos, conductas, etc., que objetivamente tienen capacidad de generar cierta conmoción en quien las sufre y, por lo tanto, determinar una reacción¹⁰. Este apartado nos merece la misma crítica que el precedente, pudiendo ir incluso más allá al tratarse de acciones que, en este supuesto y a diferencia del anterior, ni siquiera resultan intencionales, ya que aparece como intrínsecamente contradictorio atribuir a conductas que no constituyan ilícito alguno, la virtualidad para restar legitimidad a una reacción defensiva proporcionada. Lo que

⁹ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 170.

¹⁰ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 171.

corresponde, según nuestra postulación, es que la ciencia penal considere la nota de ilegitimidad sin perjuicio de la pretendida previsibilidad de las consecuencias de dichas acciones.

3)Casos de agresiones injustas causantes de defensas excesivas: el autor ilustra este supuesto recurriendo al caso del que, ante una agresión ilegítima, responde defendiéndose en exceso. Concluye que el agresor originario no se verá encuadrado en supuesto de legítima defensa en caso de repeler la defensa excesiva del agredido, ya que el primero no es extraño a la situación generada¹¹. Estimamos que la solución es correcta, pero por distintos motivos. La fórmula escogida por nuestro legislador para regular la defensa privada prevé una secuencia de un solo tramo, que no es otra que “agresión ilegítima-legítima defensa”. Consecuentemente, resultaría absurdo pretender legitimar la defensa del agresor originario, puesto que la misma ley estaría contemplando una absurda sucesión de agresiones sin solución de continuidad. Además, el exceso en la defensa ya se encuentra previsto en forma separada en nuestra legislación. Así las cosas, la hipótesis consistente en presentar al agresor ilegítimo como un provocador suficiente de la defensa excesiva, y a quien se defiende en exceso como un agresor ilegítimo que da pie a la defensa de quien fue el agresor primigenio, constituiría un desplazamiento de roles inadmisibles y no encuadrable desde ningún punto de vista.

4)Casos de “asunción de riesgo”: en este último supuesto afirma que no puede ampararse en la legítima defensa quien asume voluntariamente el riesgo de ser agredido, sea porque directamente lo provoca para tener la excusa de actuar contra el agresor (excusa de legítima defensa), o bien, porque acepta el riesgo que crea o propone el agresor¹². Esta última hipótesis desconoce que no se puede obligar a quien no comete ilícito alguno, a que tolere una agresión ilegítima, por más que su conducta previa pueda haberlo colocado en situación de agresión. Se nos ocurre el caso de aquel que, consciente o inconscientemente, realiza actos de ostentación en un lugar marginal (como por ejemplo exhibiendo una cantidad de dinero considerable al momento de pagar algo, o bien estacionando un auto lujoso en la calle). Su conducta resulta totalmente ajustada a derecho. A pesar de que no faltará quien diga que el resultado agresivo era previsible por la existencia objetiva del riesgo, ese riesgo depende de conductas humanas libres y autodeterminadas, y no de circunstancias objetivamente naturales (como puede ser ingresar a una jaula con leones o pararse junto a un árbol durante una

¹¹ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 172.

¹² PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 172-173.

tormenta eléctrica). En tal caso, sostener que el sujeto del ejemplo pierde su capacidad de defenderse legítimamente por haberse colocado voluntariamente en situación de riesgo, sería inadmisibles y carente de todo fundamento ético y legal. Lo contrario, sería pretender equiparar a los eventuales agresores habitantes de ese lugar a robots o animales, carentes de todo raciocinio, poder de decisión e incapaces de distinguir lo correcto de lo incorrecto. Si bien podemos reconocer que ciertos estímulos externos podrán incidir sobre ellos de una manera distinta, su condición humana libre no cede ante esto, y sostener lo contrario implicaría introducirnos en una línea de pensamiento con peligrosos resabios de un derecho penal de autor. Por ende, al hablar de conductas lícitas, predicar sobre ellas su calidad de provocación (sea a título de dolo o imprudencia), resultaría descabellado. Podríamos inclusive poner a prueba nuestra posición en un caso límite y emblemático que la doctrina tradicional ha citado recurrentemente, cual sería el del amante sorprendido in ipsis rebus veneris por el ultrajado. Ante este caso, corresponde aclarar dos cuestiones. En primer lugar, quien primero se coloca en situación de riesgo y lo asume como tal, es la cónyuge infiel, quien en todo momento y desde un principio tuvo dominio pleno de la situación (desde que se determina a cometer el acto de infidelidad, así como también decide con quién, cuándo y dónde, en uso de su libertad), transformándose el amante en una mera circunstancia fáctica. Entonces decimos que la conmoción espiritual sufrida por el esposo engañado tiene su génesis en la actitud de la cónyuge y es por ella su enojo, resultándole irrelevante la persona que ella elija para traicionarlo. Razonablemente, contra quien debiera dirigirse el ataque en primer lugar es contra ella porque de su decisión dependía que sucediera o no. En segundo lugar, el amante no transgrede norma alguna con su acto, lo que no sucede con la cónyuge, que por imposición de la ley civil debe fidelidad a su esposo e incluso el quebrantamiento de este mandato da lugar a la demanda de divorcio por culpa del infiel (art. 214 en función del 202, y 235 del C.C.). Asimismo, si nos colocamos en la posición del agraviado, si bien es lógico prever que se genere en él un estado emocional que probablemente lo impulse a arremeter también contra el amante, aunque alterado, mantendrá el dominio de sus actos (salvo supuestos de inimputabilidad) y su libertad de determinación, conservando intacta la opción de no cometer agresión o bien de dirigirla sólo contra su cónyuge, pudiendo encuadrar este último caso en los supuestos de legítima defensa de un tercero. En síntesis, el cónyuge infiel no podrá ampararse en la justificación de la legítima defensa, por haber incurrido en agresión ilegítima, y, por el contrario, el amante sí podrá ampararse bajo dicha figura, en la medida en que no transgrede norma alguna del ordenamiento jurídico.

REVALORIZACIÓN DE LAS TEORÍAS QUE POSTULAN EL CARÁCTER NO RESTRICTIVO DE LA PROVOCACIÓN RESPECTO A LA LEGÍTIMA DEFENSA

En este punto, valoramos el aporte del prestigioso profesor mendocino Omar Palermo, al sistematizar las distintas corrientes existentes en la doctrina extranjera respecto a la provocación suficiente en la legítima defensa. Si bien adelanta su postura en la formulación del subtítulo dentro del cual desarrolla la temática, cual es "La corresponsabilidad del agredido en la creación de la situación de necesidad: la provocación como un supuesto de estado de necesidad defensivo", a la cual no adherimos, resulta de gran utilidad la distinción que realiza y la reproducción de los argumentos esgrimidos por sus principales representantes. Argumenta el autor que "... quien imputablemente coloca sus propios bienes jurídicos en una situación de peligro, debe soportar las consecuencias lesivas de su comportamiento, al menos en lo que respecta a "su parte" de responsabilidad. En efecto, si bien el comportamiento provocador del agredido no excluye del todo la responsabilidad del agresor, de algún modo ambos comparten la "incumbencia" por el suceso lesivo. Por esta razón, tanto el agresor como el agredido están obligados a tolerar los costes de la solución del conflicto de acuerdo a la "cuota" de responsabilidad que cada uno de ellos tienen por su creación ..." ¹³. Luego cita a Kindhäuser, quien dice que "así como debe disminuirse la pretensión de indemnización del lesionado que ha violado sus deberes de autoprotección, del mismo modo, deben restringirse las facultades de defensa cuando el agredido ha contribuido a generar el riesgo de lesión, pues el defensor, al igual que el lesionado en el supuesto del art. 254 del BGB, debe protegerse a sí mismo evitando generar situaciones que puedan poner en peligro sus propios bienes jurídicos" ¹⁴. En otras palabras, en los casos en los que el agredido provoca la agresión, debe llevarse a cabo una redistribución de las "cargas" de responsabilidad entre quienes intervienen en la situación de necesidad. Lo expuesto por Palermo en este punto, nos da lugar a la siguiente crítica: restar legitimidad a la defensa privada por considerar la agresión provocada implica atribuir responsabilidad penal por un acto que, en realidad, no resultaría antijurídico. La responsabilidad penal de la víctima y el victimario no funciona de la misma manera que la responsabilidad civil extracontractual. En materia penal no existe la figura de la culpa concurrente, y el mayor o menor aporte en la provocación de un resultado puede verse reflejado en la determinación de la pena dentro de la escala de los delitos atribuibles a cada una de las partes, pero siempre que nos encontremos frente a hechos típicos, antijurídicos y

¹³ PALERMO, Omar, *La legítima defensa – Una visión normativista, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 397.*

¹⁴ PALERMO, Omar, *ob. cit., pág. 398.*

culpables. La provocación, que como ya reiteramos ni siquiera puede alcanzar la categoría de acto ilícito, escapa a este supuesto.

Concluye su rechazo a las teorías que no establecen limitaciones al derecho de defensa del provocador criticando la conclusión de "... que al ordenamiento jurídico le resulta indiferente que el agredido provoque la agresión, pues, pese a ello, tiene, según esta opinión, idéntico derecho a la legítima defensa que quien no ha provocado la situación de necesidad ..." ¹⁵. Ante este razonamiento, respondemos que, efectivamente, para el ordenamiento jurídico sólo resultarán relevantes aquellas conductas que encuadren en las categorías jurídicas por él consagradas, como es el caso de los supuestos de agresión ilegítima a la cual sí se le reconoce la virtualidad para legitimar el acto defensivo, entre otros.

Por contrapartida, del relevamiento realizado por Palermo, rescatamos aquellas posturas que proponen de lege ferenda que el comportamiento del provocador de una situación de legítima defensa sea tipificado como un delito de peligro. Cita a Hruschka quien se muestra partidario de tipificar la provocación de una situación de necesidad como delito de peligro, aunque aclara que mientras no se tipifiquen no corresponde ninguna restricción a la acción defensiva ¹⁶. También expone -aunque no la comparte- la solución que propone Mitsch, desarrollada luego por Frister y Reinzikowski, según la cual, en los casos de provocación, no corresponde una restricción del derecho de defensa, pues, aunque el agredido haya provocado la situación de necesidad, es siempre el agresor quien tiene en sus manos la posibilidad de proteger sus bienes retirando la agresión ¹⁷. Y es efectivamente este último argumento el que hemos venido sosteniendo, ya que consideramos que, en efecto, el agresor conserva siempre su libertad de determinación, e incluso vamos más allá al agregar que también conserva la capacidad para representarse una eventual respuesta defensiva del atacado.

¹⁵ PALERMO, Omar, *ob. cit.*, pág. 399.

¹⁶ PALERMO, Omar, *ob. cit.*, pág. 399.

¹⁷ PALERMO, Omar, *ob. cit.*, pág. 400.

APRECIACIONES FINALES

Al negar el derecho de defensa al supuesto provocador, cualquiera sea la entidad de la provocación (que deberá reconocer como único límite el de no alcanzar el grado de agresión, punto en que dejaría de ser un mero provocador para convertirse en agresor generador de un derecho de defensa en cabeza de otro), se estaría sancionando penalmente por vía indirecta conductas que no necesariamente deban constituir actos ilícitos, pues a raíz de ellas se despojaría al agredido de todo tipo de justificación para una acción que la necesidad de defenderse le impondría de todos modos. Es decir, si bien es correcto que la ley conceda a los ciudadanos la facultad de rechazar actos ilícitos, no puede predicarse lo mismo respecto de aquellos que no lo son. Por consiguiente, deslegitimar la reacción de quien no está obligado a soportar una agresión ilícita, equivaldría a equipar acciones que objetivamente merecen reproche por parte del ordenamiento jurídico, con aquellas jurídicamente irrelevantes.

Cabe decir que, en la formulación de la legítima defensa, nuestro sistema jurídico ha consagrado un juego escalonado de conductas penalmente relevantes cuya razonable proporcionalidad sólo puede analizarse si nos circunscribimos a la relación agresión ilegítima – conducta defensiva justificable, toda vez que, si bien desde el punto de vista jurídico la agresión puede ser menos reprochable que la respuesta al requerirse que esta última resulte típica y no así la primera, el rechazo del defensor encuentra un límite objetivo en el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, que lo coloca en un estado de necesidad. De ello se infiere que, para que opere la causa de justificación bajo estudio, la magnitud del despliegue defensivo nunca podrá ser de una entidad desproporcionadamente mayor a la del ataque, pero, por otro lado, tampoco menor, toda vez en dicho caso resultaría inidóneo e insuficiente para repelerlo eficazmente. En resumen, la ley exige que la acción defensiva resulte racionalmente necesaria para rechazar satisfactoriamente una agresión ilícita, y tanto la primera, que constituye una acción tipificada penalmente, como la segunda, consistente al menos en un acto ilícito, configuran actos jurídicamente relevantes.

En esta línea de razonamiento citamos a Pessoa cuando dice “... 1) En un estado de derecho, como el consagrado por la Carta Constitucional, no es justo obligar a nadie a soportar lo injusto. 2) Las lesiones jurídicas de poca entidad deben considerarse como lo que son: lesiones jurídicas y, en términos del permiso que estudiamos, deben apreciarse como “agresión”. De manera que quien la sufre tiene el derecho a defender sus bienes. 3) Si así no se entiende, tendremos como injusta consecuencia que el estado de derecho le dirá al

propietario del pequeño negocio “déjese robar sus golosinas o bebidas” o al paralítico “déjese robar sus manzanas”, porque tales bienes son de poco valor, y por lo tanto quien los ataca no realiza acto injusto, es decir, no realiza “agresión ilícita”. Esto sería una inadmisibles irracionalidad en una organización político-institucional que se entiende construida en términos de racionalidad. 4) Esto último se evita afirmando lo que es evidente: que las lesiones de bienes jurídicos (no hay que negar tal evidencia, porque ello es una gravísima e injusta autocontradicción de términos normativos), en otras palabras, son agresiones ilícitas. Como lógica (y justa) consecuencia de ello, corresponde, afirmar que quien sufre tales agresiones de poca entidad tiene derecho a defender sus bienes aunque los mismos estén expuestos a sufrir pequeñas lesiones ...”¹⁸. Consecuentemente, debemos afirmar que, si bien la agresión ilegítima sí configura un supuesto de injusto, no sucede lo mismo con la simple provocación, toda vez que, por definición, aquella provocación que abandone el ámbito de lo lícito o lo jurídicamente permitido dejará de ser tal para convertirse, ni más ni menos, que en una agresión.

En un sentido amplio, podemos afirmar que “provocar” significa, según la Real Academia Española, en su segunda acepción, “irritar o estimular a uno con palabras u obras, para que se enoje”¹⁹. A pesar de éste y otros conceptos similares, sigue resultando difícil precisar con exactitud cuándo se ha verificado o no el grado de suficiencia que la ley demanda. Todo el desarrollo previo nos lleva a concluir que, independientemente de que se pudiera arribar a un concepto uniforme acerca de la pretendida suficiencia en materia de provocación, ambos términos carecen de aptitud para atribuir algún grado de injusto a una conducta defensiva que, en sí, se impone como necesaria. Si bien hay acuerdo en que no se puede exigir al agredido que tolere la agresión, no sucede lo mismo respecto al provocado, ya que éste, a diferencia del primero, cuenta entre sus opciones con la alternativa de pasar por alto tal provocación, ya que la misma no constituye un ataque en sí mismo, sino que se limita a ser una mera incitación que, como tal, no afecta ningún bien jurídico de su destinatario (siempre y cuando, como ya señaláramos precedentemente, dicha incitación se mantenga dentro del terreno de lo lícito, sin incurrir en lo que sería una agresión).

El derecho penal no puede consagrar una indefinida escala ascendente de ataques, mucho menos admitir que el comienzo de dicha secuencia consista en actos que permanecen

¹⁸ PESSOA, Nelson R., *ob. cit.*, pág. 140.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", 22ª edición (en línea). Dirección URL: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=provocar (consulta 22/04/10).

amparados dentro del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna. En otras palabras, debe limitarse a considerar sólo aquellos comportamientos que, al menos, contraríen alguna norma del sistema jurídico. Y ello no comprende aquéllas circunstancias fácticas que tan sólo pudieran haber alterado el ánimo de quien arremete contra otro, colocándolo en la necesidad de repelerlo. Es precisamente ese segmento de la mencionada escala de ataques el que el derecho penal no debe sancionar, dejando subsistente la antijuridicidad del acto defensivo, por la sencilla razón de que ni siquiera otras ramas del derecho lo hacen.

Al respecto, sucede que gran parte de la doctrina incurre en un error común, no sólo semántico, sino también conceptual, al confundir los dos únicos roles que pueden darse en una situación de defensa privada (que no son otros que el de agredido –eventualmente provocador- y el de agresor –eventualmente provocado-). Tales roles permanecen en cabeza de quienes los ejecutan en la medida que sus acciones se mantengan dentro de ciertos límites, que no son otros que los precedentemente señalados (que el agresor –provocado o no- actúe ilícitamente acometiendo contra el agredido –provocador o no-, y que la conducta de este último precedente a la agresión no constituya, objetiva y separadamente, un accionar fuera de lo legalmente permitido). De no respetarse estas pautas, estaríamos ante un desplazamiento de los roles aludidos, que operaría de la siguiente manera: si el accionar del provocador resultara contrario a cualquier disposición del ordenamiento jurídico vigente, éste adquiriría la nota de ilegitimidad necesaria para erigirse como una agresión autónoma, en cuyo caso el término “provocación” dejaría de ser de utilidad, para ser sustituido por el de “agresión”, y en tal situación, quien originariamente fuera identificado como agresor, pasaría sin más a convertirse en un agredido ejerciendo su defensa que, al igual que toda defensa, correrá el riesgo de resultar excesiva. Pero siempre nos mantendremos dentro de la misma relación bipartita entre agresión y conducta defensiva, sin necesidad de reparar en circunstancias irrelevantes al momento de calificar a esta última de legítima o no. Contemplando estos dos extremos se halla cubierto el desarrollo del acto defensivo en su totalidad desde lo penalmente relevante, resultando la negación del derecho a defenderse de quien realiza una conducta lícita algo flagrantemente inconstitucional por violatorio, en primer lugar, del principio de proporcionalidad mínima cuando “... La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad ...”²⁰, y, en segundo lugar, del principio de máxima taxatividad legal e interpretativa pues “... Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 123.

despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra ...”²¹.

En definitiva, si bien resulta lógico que a quien invoque el derecho de defensa se le deban imponer requisitos exigentes a los fines de su justificación, por constituir su ejercicio un permiso para cometer hechos típicos, tales requisitos jamás podrían vulnerar el principio en virtud del cual no se puede negar el derecho a defenderse a quien obra conforme a derecho. Ello dado que, a los fines de juzgar la legitimidad o no de la defensa, entendemos que ya resultan harto suficientes los dos requisitos contemplados por la ley, que no son otros que la existencia de una agresión ilegítima inicial, y la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla.

BIBLIOGRAFÍA

²¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *ob. cit.*, pág. 110.

- CREUS, Carlos: "Derecho Penal - Parte General" - págs. 327 y sigs. - 6ta edición actualizada y ampliada - Editorial Astrea - Buenos Aires - 1999.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Derecho Penal - Introducción y Parte General" - pág. 320 y sigs. - Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma - 15ta edición - Abeledo Perrot - Buenos Aires - 1995.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: "Tratado de Derecho Penal" - Tomo IV - págs. 249 y sigs. - Editorial Losada - Buenos Aires - 1953.
- NINO, Carlos Santiago: "Legítima Defensa: fundamentación y régimen jurídico" - págs. 129 y sigs. - Editorial Astrea - Buenos Aires - 1982.
- PALERMO, Omar: "La legítima defensa - Una revisión normativista" - págs. 397 y sigs. - 1ra ed. - Editorial Hammurabi - José Luis Depalma Editor - Buenos Aires - 2007.
- PESSOA, Nelson R.: "Legítima Defensa" - págs. 163 y sigs. - Mario A. Viera Editor - Buenos Aires - 2001.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la Lengua Española" - 22da edición - (en línea). Dirección URL: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=provocar (consulta 22/04/10).
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL Y OTROS: "Derecho Penal Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2000.

-PALABRAS A MODO DE INTRODUCCIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE.....	pág. 1
-LA DIFERENCIACIÓN NECESARIA ENTRE AGRESIÓN ILEGÍTIMA Y PROVOCACIÓN.....	pág. 2
-REFUTACIÓN DE LA CALIDAD DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE DE CIERTOS CASOS QUE SUELEN SER CONSIDERADOS COMO TALES.....	pág. 4
-REVALORIZACIÓN DE LAS TEORÍAS QUE POSTULAN EL CARÁCTER NO RESTRICTIVO DE LA PROVOCACIÓN RESPECTO A LA LEGÍTIMA DEFENSA..	pág. 8
-APRECIACIONES FINALES.....	pág. 10