

# **ANALISIS DOGMATICO DE LAS EXPRESIONES: “AGRESION ILEGITIMA” Y “PROVOCACION SUFICIENTE” DEL ARTICULO 34 INCISO 6 DEL CODIGO PENAL ARGENTINO.-**

por el

Dr. DANIEL H.DOMINGUEZ HENAIN  
Adjunto por Concurso - Cat. "B" de Derecho Penal  
-Parte General (Fac. de Derecho - UNNE)  
Titular de Criminología de Instituto de Ciencias  
Criminalísticas y Criminología de la UNNE.

## **I.- NUESTRO OBJETIVO.**

La inquietud por escribir el presente trabajo, es la resultante de las dificultades con que tropezamos tanto en el ejercicio de la profesión como en la enseñanza universitaria para deslindar conceptualmente a la agresión ilegítima de la provocación suficiente y a ésta de la simple provocación.

La lectura de las distintas obras especializadas, como así también, la consulta de fallos jurisprudenciales sobre el tema, nos convenció, por la disparidad de opiniones, que estamos ante un campo propicio para la investigación y propuesta de solución que contribuya a contar con un concepto preciso, que permita tanto al doctrinario como al jurista valerse del mismo, en la tarea nada sencilla de catalogar a las acciones ya sea como agresión ilegítima, provocación suficiente o simple provocación.

En la convicción de que el principio de legalidad (art.18 de la C.N.) no solo sufre un menoscabo al no precisarse en forma clara cuál es la conducta prohibida, sino que también se lo afecta al mismo al tornar imprecisas las condiciones de aplicación de un tipo permisivo (1), y por ende la conformidad o no con el derecho de una conducta humana, ponemos a consideración del lector nuestra propuesta, con el propósito de realizar un modesto aporte al esclarecimiento del tema en cuestión.-

## II.- IMPORTANCIA DEL TEMA

En el art.34 inc. 6 del C.P., están enumeradas las exigencias legales para considerar a una conducta típica (por afectar bienes ajenos penalmente tutelados) como defensa legítima de la persona o bienes de su autor, considerándola, por ende, conforme a derecho:

“No son punibles:

6).- El que obrare en defensa propia o de sus derechos; siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende;”

Ahora bien, consideremos de fundamental importancia a los efectos de determinar cuál es la conducta legítimamente defensiva, la calificación que se le dé a aquella acción que dentro de un contexto situacional determinado sea desencadenante de un conflicto en el que se afectan (por peligro o por lesión) uno o más bienes jurídicos.

La importancia de la calificación de aquella conducta generadora del conflicto de bienes, catalogándosela ya sea, como agresiva, simplemente provocativa o suficientemente provocativa, es palmaria, pues la situación jurídica de los protagonistas del hecho, varían diametralmente en relación al encuadre jurídico de la primer acción.-

Veamos un ejemplo: X injuria a Z; Z reacciona a golpes de puño contra X; ante ello X se traba en lucha con Z resultando ambos con lesiones leves.-

Para resolver el precedente caso, es fundamental la calificación que le demos a la conducta inicial de X. Es decir, debemos decidir si el accionar injurioso constituye una: a) simple provocación; b) una provocación suficiente; c) o si constituye una agresión ilegítima.-

Si consideramos a la injuria proferida por X como una simple provocación (a), las lesiones que éste causó a Z estarían justificadas. Por el contrario, si entendemos que el accionar de X fue suficientemente provocador (b), tanto las lesiones que éste infirió a Z como las que Z ocasionó a X serían ilegítimas. Por último, si catalogamos la conducta injuriosa de X como una agresión ilegítima al honor de Z, (c), sería éste el que estaría actuando en legítima defensa de su honor, siendo por lo tanto, las lesiones causadas por Z a X justificadas, mientras que las inferidas por X a Z serían no sólo típicas sino también antijurídicas.-

Si al caso analizado le agregamos la intervención de un tercero en defensa de X, la conducta de aquél sería conforme a derecho en los supuestos “a” y “b” por legítima defensa de tercero (art.34, inc.7 del Código Penal) no así en el supuesto “c”.-

De lo expuesto se puede inferir que existe un orden lógico a seguir en la averiguación de si en un caso se dan o no todas las condiciones impuestas por el inc.6 del art. 34 del C.P., para considerar a una conducta como defensa legítima.-

Entendemos que es lógicamente necesario comenzar por determinar cuál es la conducta ilegítimamente agresiva, pues, a través de ella, sabremos cuál es la persona que se encuentra en la necesidad de defender su persona o bienes injustamente atacados (o amenazados) y recién entonces podremos averiguar -respecto de la conducta del agredido- si cumple o no con las exigencias legales: positiva una (utilización de un medio necesario y racional en su defensa), negativa la otra (falta de provocación suficiente de la agresión).-

De allí la necesidad de contar con un concepto claro de agresión, para diferenciar a ésta de aquellas acciones meramente provocativas, (simple o suficiente provocación).-

En razón de que nuestro Código Penal, al igual que el español (art.8,4), exige para justificar la defensa de persona o bienes la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, los objetivos centrales de este trabajo serán: a) lograr un criterio que nos permita diferenciar conceptualmente a la conducta ilegítimamente agresiva del accionar provocador; b) lograr un criterio que nos permita distinguir la conducta suficientemente provocativa de la simple provocación.-

### **III.- AGRESION ILEGITIMA. CONCEPTUACION.-**

Para caracterizar a la agresión ilegítima señalaremos tres requisitos básicos que, a nuestro entender, la misma debe reunir, ellos son:

1.- **QUE SE TRATE DE UNA CONDUCTA HUMANA:** Por lo que quedan fuera de este concepto no solo aquellos hechos en los que no intervino el hombre (hechos de animales o cosas) sino también cuando a pesar de ser hechos del hombre éste no actuó por hallarse sometido a fuerza física irresistible o en estado de involuntabilidad.-

2.- **CON VOLUNTAD LESIVA:** Una conducta humana que afecte la persona o derecho de otro es una condición necesaria pero no suficiente para la configuración de la agresión, exigimos además voluntad lesiva por parte del que la realiza. Semánticamente el término agresión indica la necesidad de que la voluntad del autor de la acción se encamine intencionalmente a la afectación del bien. No es pacífica la doctrina en cuanto a la exigencia de éste requisito (2).-

La consecuencia más importante de exigir intencionalidad lesiva en la agresión, es la de negar carácter de tal a aquellas conductas que, aunque afectatorias de bienes de un tercero, (como las conductas imprudentes o

negligentes), carece su autor de intencionalidad lesiva.-

Cabe aclarar que, el no considerar como agresiva a las conductas infractoras de deberes de cuidado, no implica necesariamente negar la posibilidad de justificar la acción de quien, para evitar que se lesione su persona o derecho, reacciona contra el imprudente, causándole alguna afectación a los bienes del mismo, sinó que, solo negamos que tal accionar sea considerado legítima defensa (por faltar la agresión ilegítima), pero nada impide que, si dan todas las exigencias del mismo, encuadre en el tipo permisivo estado de necesidad justificante (art.34 inc.3 del C.P.) .-(3).-

La agresión puede tener lugar a través de una acción o puede cometerse por omisión (4), pudiendo ser ésta propia (por ejemplo, quien pudiendo hacerlo sin riesgo para su persona, se niega a trasladar a un herido para su atención) o impropia (el carcelero que recibiendo la orden de liberar al detenido se niega a hacerlo).(5).-

3.- QUE SEA UN ACCIONAR ANTIJURIDICO: Es decir llevada a cabo sin derecho por su autor. Cuál es el criterio para decidir la ilegitimidad de una agresión es uno de los temas que discute la doctrina.

Para algunos lo decisivo es determinar si el sujeto titular de los bienes sobre los que recae la acción agresiva, tiene o no la obligación de tolerar la misma. Si no existe tal obligación, la acción que los afecte o ponga en peligro es ilegítima.-(6)

Otro sector doctrinario sostiene que la ilegitimidad de la agresión lo determina el que la acción no esté autorizada por el derecho (antijurídica).-(7).-(7 bis).-

Esta última postura es la que consideramos correcta.-

Por lo expuesto constituyen agresiones ilegítimas las llevadas a cabo por inimputables (menores, dementes) o por quienes se hallen en un error de prohibición indirecto o en estado de necesidad exculpante, pues si bien actúan inculpablemente, su accionar es ilegítimo (8).- Tampoco es necesario que el accionar sea típico, en el sentido de ser una acción penalmente relevante. La Ley solo exige la ilegitimidad de la agresión, y por lo que no es necesario que constituya un injusto penal.-

Estrechamente vinculado con la caracterización de la agresión ilegítima, se encuentra el tema de cuales son los bienes legítimamente defendibles, debido a que un sector doctrinario y jurisprudencial, restringe indebidamente el concepto de agresión al entender que la misma consiste únicamente en un ataque físico, por vía de hecho (9).-

También en la doctrina y jurisprudencia española encontramos similar restricción al concepto de agresión. Así, Rodríguez Devesa sostiene: "Gramaticalmente la palabra agresión tiene dos acepciones: una estricta, la de "acometer a alguno para matarle, herirle o hacerle cualquier daño", y otra mas

amplia, equivalente a "acto contrario a derecho de otro". La jurisprudencia tiende a usar el término en el sentido más restringido, como acometimiento material, físico, directo"(10).-

Rechazamos esta concepción restrictiva del concepto de agresión, que tiene por efecto negar la posibilidad de autodefensa de importantes bienes como el honor, el patrimonio, la honestidad, etc., especialmente cuando la afectación de los mismos no pone en peligro a la persona de su titular. Nuestra Ley- a diferencia de lo que ocurre con otros códigos- no limita los derechos susceptibles de ser legítimamente defendidos, ya que dispone"... o de sus derechos" (art.34, inc.6 del C.P.).-

Por ello, y en consonancia con la opinión actualmente dominante en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, entendemos que todos los bienes y derechos, sean éstos materiales o inmateriales, tengan o no protección penal, son susceptibles de defensa legítima por su titular o por un tercero (11).-

Como lo afirma Soler, "el problema no consiste en seleccionar determinados bienes para declarar que sólo éstos son defendibles, sino en la proporcionalidad, racionalidad o necesidad de la defensa" (12).-

Por lo tanto, cualquier intencional afectación (por acción u omisión) de bienes o derechos de un tercero, constituye una agresión, que en caso de ser antijurídica, habilita la defensa lícita por parte del agredido. Así por ejemplo, es posible defender legítimamente el derecho a la tranquilidad nocturna, el derecho a la intimidad, el honor, etc..-

#### **IV.- LA PROVOCACION SUFICIENTE: DESLINDE CONCEPTUAL DE LA SIMPLE PROVOCACION**

##### **A.- ANALISIS DE LAS POSICIONES SUSTENTADAS POR LA DOCTRINA NACIONAL.-**

Dos son los aspectos esenciales que sobre el tema analiza la doctrina nacional y sobre los cuales no existe acuerdo, ellos son:

1.- Qué se entiende por acto provocativo; y 2.- Cuándo tal provocación puede considerarse suficiente.-

1.- **LA PROVOCACION:** Respecto al significado que se atribuye al término "provocación", existen al menos dos posiciones doctrinarias diferentes.- Si bien, al parecer, existe acuerdo en requerir que objetivamente el acto tenga entidad provocativa, las disidencias se manifiestan al referirse al contenido subjetivo del mismo. Para algunos, un accionar imprudente, no podría ser considerado provocador, al exigir un ánimo provocativo en el sujeto.-(13).- Otros en cambio,

admiten tanto la provocación intencional como la imprudente (14).-

2.- LA SUFICIENCIA DE LA PROVOCACION: Siendo necesario deslindar la simple provocación de la provocación suficiente, discute la doctrina respecto a la entidad que debe tener el acto provocativo para ser considerado suficiente.- Pasaremos revista a las principales posiciones.-

Soler, exige para considerar a una conducta como suficientemente provocativa, la existencia de una cierta proporción entre la acción provocadora y la agresión desencadenada por ella, de manera tal que sin llegar a justificar la reacción (la que siempre será injusta) al menos la haga excusable (15).-

En similar posición se encuentra Bacigalupo, quien requiere una entidad tal en el acto provocativo para ser considerado suficiente, que determine un estado de inimputabilidad en el agresor, de modo tal, que la reacción de éste sea antijurídica pero no culpable (16).-

Ricardo Núñez, luego de señalar que el acto provocativo debe ser suficiente para determinar una agresión de la índole y de la intensidad de la producida, agrega, que la medida que le confiere a la provocación el carácter de tal, no puede determinarse en abstracto, sino conforme a las circunstancias del caso en concreto, en lo que coincide con Jiménez de Asúa (17 y 18).-

Por su parte, Zaffaroni, sin perjuicio de reconocer que las circunstancias del caso serán decisivas en lo que a la determinación de la suficiencia se refiere, encuentra en la previsibilidad de la agresión un criterio general para determinar si la provocación fue suficiente. Es decir, que la posibilidad de provocar la agresión sea al menos previsible, en forma tal que, las reglas elementales de prudencia, indicasen la abstención de una conducta semejante en las circunstancias dadas, agregando que, para la suficiencia de la provocación no debe computarse los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia (19).-

## **B.-NUESTRA POSICION SOBRE EL TEMA.-.**

1.- EL CONCEPTO DE PROVOCACION: Con referencia a la discusión planteada en la doctrina respecto al contenido subjetivo requerido para considerar un acto como provocativo, y antes de exponer nuestra opinión, queremos destacar algo que no debe ser objeto de confusión. La discusión sobre el carácter intencional o imprudente no se refiere a la acción en sí, sino al carácter ofensivo del acto. Quien en una reunión realiza un comentario en el que se refiere a los políticos con términos ofensivos, sin saber que no de sus interlocutores es un dirigente político, realiza una acción (la de proferir tales expresiones) en forma intencional; pero si embargo no hubo intención en la ofensa (20).-

Hecha esta aclaración, manifestamos nuestra coincidencia con quienes admiten como provocador no solo las ofensas intencionales, sino también las imprudentes. Estas son nuestras razones.-

Admitiendo el término "provocación", mas de una acepción válida, el intérprete debe optar por aquél significado que genere consecuencias mas convenientes desde una perspectiva político criminal. En virtud de ello, debemos tener presente al interpretar tal expresión, que la ley penal exige un requisito similar, al regular al tipo permisivo Estado de Necesidad Justificante (art.34, inc.3 del C.P.), requiriendo para su configuración que, quien causa un mal para evitar otro mayor inminente, sea extraño al mismo. También respecto a ésta exigencia legal, se discute en doctrina si ser extraño significa que el sujeto no haya dado origen, ni intencional ni imprudentemente al mal que quiere evitar o, por el contrario, basta para ser considerado ajeno al mismo, con que su creación no hay sido intencional.-

Al ser un requisito común establecido por la Ley, para la configuración de estas causas de justificación, el que el sujeto no haya -con su acción anterior- provocado la situación conflictiva de bienes, pareciera que la respuesta al interrogante común (¿la creación imprudente de la situación, obsta la aplicación del tipo permisivo?), debiera ser coincidente, para ambos supuestos .-

Sin embargo, al ser distintos los hechos que se autorizan a realizar en uno y otro tipo permisivo, siendo también diferente la magnitud ofensiva del acto a justificar, corresponde -a nuestro entender- una solución diferenciada.-

En efecto, si tenemos en cuenta que a quién actúa en legítima defensa la ley le autoriza a causar un mal en el agresor que puede ser igual y aún mayor que el que trata de evitar en su persona o bienes (siempre que utilice un medio necesario y racional para repeler la agresión), y lo comparamos con el hecho contemplado en el art. 34, inc.3 del C.P., en el que sólo se justifica la acción que cause un mal menor que el que se trata de evitar, parece lógico que se deba ser mas exigentes para la configuración del tipo permisivo del inc. 6 del art. 34 que para el contemplado en el inc. 3 del mismo artículo, por la señalada razón, de que en aquél se justifican las acciones de un mayor efecto lesivo.-

Téngase en cuenta, además, que en el estado de necesidad justificante, el sujeto sufre el menoscabo del bien que se sacrifica en aras del de mayor valor, puede ser a su vez, el titular del bien salvado, (21) situación ésta que en la legítima defensa nunca se da.-

Por otra parte, también en el estado de necesidad justificante, el titular del bien que se sacrifica pudo haber dado origen con una conducta ilegítima (al igual que el injusto agresor) a la necesidad de afectación (estado de necesidad defensivo) (22).-

Conforme a lo expuesto, entendemos que será considerado provocador

en el sentido legal, quien intencional o imprudentemente haya desencadenado la agresión ilegítima.-

Esta posición podría ser objetada señalándonos que con ello se consagra el principio "qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu", al obligar a soportar al provocador, todas las consecuencias que con su accionar imprudente desencadene (23.).-

Sin embargo, entendemos que tal objeción no sería correcta, pues sólo estamos admitiendo que un accionar imprudente puede impedir a quién lo realizó, que su conducta defensiva posterior encuadre en el art.34, inc.6 del C.P., (y siempre que tal provocación sea suficiente), pero con ello no negamos que tal accionar pueda ser considerado legítimo.-

En efecto, si tal como lo entendemos, es posible encuadrar en el tipo permisivo estado de necesidad justificante, la conducta de quien creó el mal que quiere evitar, de forma no intencional (24), la acción imprudente que sea considerada suficientemente provocadora, solo impedirá a su autor ampararse en la legítima defensa, pero nada obstará a que si se dan las demás exigencias del inc.3 del art.34, (en especial que el mal que cause sea de menor entidad que el que evita), se pueda justificar las lesiones que el provocador cause en la persona o bienes del agresor, por haber actuado en estado de necesidad justificante.-

2.- LA SUFICIENCIA DE LA PROVOCACION: Dos son los aspectos que debemos analizar para determinar si tienen incidencia o no, en la determinación de la suficiencia de la provocación. Ellos son:

a) El carácter antijurídico del acto provocador; b) una cierta entidad en la provocación.

a) PRIMER ASPECTO DE LA SUFICIENCIA DEL ACTO PROVOCATIVO: SU ANTIJURICIDAD.-

Si el efecto que la ley atribuye a la acción suficientemente provocativa es la de no justificar la conducta defensiva del provocador, se puede inferir de ello, que toda conducta suficientemente provocativa será, necesariamente un accionar antijurídico (25).

Entendemos que sería contradictorio que a un sujeto por realizar una conducta conforme a derecho, el mismo ordenamiento jurídico le niegue la posibilidad de defenderse legítimamente, pues, de esa manera, se estaría obligando a soportar una injusta agresión a quién desplegó una acción que el mismo orden jurídico lo facultaba realizar.-

Por lo tanto, si una conducta lícita es desencadenante de una agresión, será simple provocación. Así, quien reclama el pago de una deuda, lo que ofusca a su deudor quien acomete contra aquél, no podrá ser considerado suficiente provocador de tal agresión, quien regresal al hogar, por mas que desencadene la ira de los patoteros que se encuentran en la esquina, tampoco podría ser



considerado provocador suficiente de la agresión, pues realizó un accionar conforme a derecho (26).-

El primer requisito entonces, para considerar a una provocación como suficiente, será el carácter ilegítimo del acto: suficiente como para ser desvalorado por el derecho (antijurídico).- (27).-

#### b) LA ENTIDAD DEL ACTO PROVOCATIVO:

La entidad que debe tener el acto provocativo para ser considerado suficiente, no puede precisarse en abstracto. La determinación ha de hacerse en cada caso en concreto de manera empírico-cultural (28), y dependiendo de la calidad de las personas, del medio en que actúan, de las modalidades del hecho, en especial las circunstancias anteriores y concomitantes al mismo, etc.-

Todas estas circunstancias serán decisivas para la determinación de la previsibilidad de la agresión, criterio éste que entendemos de gran utilidad: para catalogar a la provocación como suficiente (29).-

La sola circunstancia subjetiva del agresor de sentirse personalmente moritificado o moralmente afectado, no puede incidir en la calificación de suficiente que se le da a una provocación (30).

En este sentido es importante la advertencia que formula Zaffaroni en el sentido de que para determinar la previsibilidad de la agresión (criterio válido para decidir la suficiencia) no deben computarse los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia.-

No compartimos el criterio elaborado por Pacheco (31) y seguido en nuestro país por Soler y Bacigalupo, requiriendo para considerar suficiente a una provocación, una entidad tal que extinga o atenúe la responsabilidad del agresor, pues, como con razón observa Núñez, esta manera de caracterizar la provocación suficiente, tiene el inconveniente de convertir la teoría de la provocación de la agresión "en la cuestión del valor de la provocación como excusa, sin advertir que de lo que se trata no es de atenuar la responsabilidad del agresor, que puede no haber incurrido en ningún delito, sino de declarar ilegítima la reacción del provocador" (32).-

### **V.- PROVOCACION SUFICIENTE: DESLINDE CONCEPTUAL DE LA AGRESION ILEGITIMA.-**

A esta altura del desarrollo del tema, el interrogante que inmediatamente surge es el siguiente: Teniendo presente que todos los bienes y derechos pueden ser ilegítimamente agredidos- y por lo tanto legítimamente defendidos- estén o no aquellos penalmente tutelados, ¿Queda algún espacio propio a la

provocación suficiente? o, en otras palabras, ¿existen conductas que sin ser agresivas, pueden ser catalogadas como suficientemente provocativas, o, por el contrario, toda provocación suficiente, es ya, en sí misma, una verdadera agresión?.-

Jiménez de Asúa respondió a este último interrogante en 1922 en forma afirmativa: "Entendidas rectamente las palabras que el Código emplea puede concluirse que, basta que el se vea obligado a defenderse no haya empezado por ser un injusto agresor (33).-

Fue precisamente otro de los grandes pensadores del derecho penal argentino, el profesor Sebastián Soler, quien con sus agudas reflexiones convenció al mismo Jimenez de Asúa de que estaba en un error, al observarle: "Esta tesis tiene, ante la ley, la deficiencia de interpretar la disposición si el tercer apartado del inciso no existiera y, como en otros códigos, los únicos requisitos de la legítima defensa fueran los dos que la otra doctrina reconoce: agresión y necesidad, puesto que provocación suficiente no otra cosa quisiera decir que agresión ilegítima. Pero esta manera de interpretar la ley, adolece de un defecto fundamental que la invalida: en vez de interpretarla la niega, al suponer que el legislador al expresarse no ha querido decir nada: si "provocación suficiente" quiere decir "agresión ilegítima", no era necesario que la ley dijera dos veces la misma cosa" (34).-

Pues bien, si "provocación suficiente" y "agresión ilegítima" no referencian a una misma realidad, corresponde que las diferenciamos conceptualmente. Creemos que existen dos grandes grupos de acciones suficientemente provocativas, las que, por presentar particularidades distintas exigen un tratamiento separado.-

**A.-PRIMER GRUPO DE CONDUCTAS SUFICIENTEMENTE PROVOCADORAS:** La integran aquellas acciones que, siendo antijurídicas y a pesar de afectar algún bien o derecho de tercero, no pueden ser consideradas agresivas por faltarles el requisito (a nuestro modo de ver esencial) de intencionalidad en la lesión.-.

Las acciones imprudentes o negligentes (infractoras de deberes de cuidado) componen este primer grupo.-

**B.-SEGUNDO GRUPO DE ACCIONES SUFICIENTEMENTE PROVOCATIVAS:** Incluimos en él, a todas aquellas conductas que dentro de un contexto situacional determinado, constituyen agresiones ilegítimas a la persona o derechos de otro, pero tomadas en un contexto diferente, y habiendo perdido actualidad (por haber cesado dicha agresión), tienen el efecto de ser desencadenantes de una nueva agresión ilegítima, comportándose respecto a éstas, como acciones suficientemente provocadoras de dicha agresión (35).-

El análisis del siguiente caso, nos permitirá clarificar lo dicho: "A" emprende a golpes de puño contra "B"; éste se defiende también con sus puños, siendo ambos separados por un tercero. "A" y "B" se causaron recíprocamente lesiones leves.-

Si tuviéramos que calificar la conducta de "B" no dudáramos en afirmar que se trató de un accionar legítimo, pues, actuó en legítima defensa, al utilizar un medio necesario y racional en la repulsa de la injusta agresión, y además por no haber provocado la misma.-

Pero si al supuesto de análisis le agregáramos que, luego de ser separados, "B" se dirige a su casa en busca de un arma con el que luego regresa al lugar de la pelea e intenta matar a "A", veremos que esta nueva conducta de "B" no podría ser considerada legítima, pues, ni objetivamente (por haber cesado la agresión en su contra), ni subjetivamente (pues su finalidad no fue la defensa sino la venganza), puede ser considerada como defensiva. Por el contrario, este accionar sería agresivo e ilegítimo, siendo en esta circunstancia "A" quien se halla en la necesidad de defender su vida.-

Ahora bien, si para evitar ser muerto "A" golpea a "B" con un bastón causándole lesiones ¿podríamos justificar las mismas encuadrando la conducta de "A" en el art.34 inc. 6 del C.P.?.- Entendemos que no, por las razones siguientes.-

Si bien es cierto que "A" se encontraba en una situación de necesidad de defender su vida, y lo hizo con un medio necesario y racional, fué él, quien con su conducta anterior de atacar a "B" provocó suficientemente la agresión por parte de éste.-

La calificación que se dé a una conducta, puede variar en relación al marco situacional en el que se la ubique. Esto es lo que ocurre en el caso analizado, con relación a la inicial acción de "A" de golpear con los puños a "B". En un contexto la misma es considerada agresión ilegítima, pero fuera del mismo, al haber perdido actualidad y ser el factor desencadenante de una nueva agresión es considerada, como suficientemente provocativa de ésta.-

Entendemos que cada conducta agresiva, al crear la necesidad de defensa en el agredido, integra junto con el accionar de-fensivo de éste y el acto desencadenante de la agresión -si lo hubiere- un contexto situacional.-

Entre un contexto y otro, puede existir una distancia temporal muy breve, como ocurre en los caso en que un sujeto que comenzó actuando en legítima defensa, se excede dando cuatro o cinco golpes de puño más de lo necesario, al haber cesado la agresión (exceso extensivo). Estos golpes de más, constituyen una nueva conducta ilegítimamente agresiva (y por lo tanto generadora de un nuevo contexto situacional), que determina la necesidad de defensa por parte del receptor de tales golpes; sólo que la defensa de éste no será legítima. pues

su conducta anterior de agredir a quien ahora se excede en su defensa, fue la causa desencadenante (una suficiente provocación) de esta nueva agresión.-

Sintetizando lo expuesto, en este segundo grupo, la diferencia entre los conceptos de agresión ilegítima y provocación suficiente, ya no es de carácter esencial, como ocurría en el primero, en el que se referenciaban a acciones de naturaleza diferente, sino, la distinción es de tipo contextual: una misma conducta puede ser considerada agresión ilegítima o provocación suficiente según el contexto en el que se la analice. La conducta agresiva no se convierte en provocación suficiente, sino que, esa misma acción es, por un lado, ilegítimamente agresiva en una situación determinada (tan es así que justificaría la defensa necesario y racional del agredido) y provocación suficiente en un contexto diferente (por haber perdido actualidad como agresión y ser desencadenante de una nueva conducta ilegítimamente agresiva).- Por último, antes de concluir, consideramos importante destacar lo siguiente: Cuando una conducta reúne todas las condiciones para ser considerada agresiva, se la debe calificar como tal, independientemente de la magnitud de la defensa del agredido.- En el supuesto de que este accionar defensivo sea marcadamente desproporcionado con relación a la agresión, esto nunca tendrá por efecto convertir aquella agresión en una provocación suficiente, sino, tendrá incidencia a los efectos de calificar a la conducta defensiva como ilegítima, por la utilización de un medio innecesario o irracional.-

Creímos necesario hacer esta aclaración, pues el análisis de los casos dados por los tratadistas para ejemplificar supuestos de provocación suficiente, pareciera indicar que se incurre en el señalado error.-

Uno de los ejemplos de los que con mayor frecuencia se utiliza en doctrina es el del ladrón que huyendo con la cosa furtiva, es perseguido por el dueño de la misma, señalándose que aquél no podría invocar legítima defensa contra éste, por existir provocación suficiente (36).-

El otro ejemplo muy utilizado es el de quien injuria gravemente a otro que reacciona con armas con intención de matarlo. También en este caso se afirma que el injuriante no podría defenderse legítimamente por haber provocado suficientemente la agresión (37)

Nos cuesta armonizar la afirmación que realizan estos mismos autores en sus obras, en el sentido que todos los bienes y derechos son susceptibles de ser legítimamente defendidos (y por lo tanto ilegítimamente agredidos, pues sin agresión no hay legítima defensa), con esta ejemplificación en la que se dan los casos de agresiones a la propiedad y al honor, calificando a tales acciones como suficientemente provocativas.-

Respecto de la injuria, no creemos que estos autores duden en considerar como legítima defensa del honor, la conducta de quien le dá un cachetazo para

evitar que el sujeto siga injuriándolo produciéndole lesiones leves(38). ¿No estaría tomando en consideración la reacción experimentada por el injuriado a los efectos de calificar al acto injurioso como agresión ilegítima o provocación suficiente?.-

Si así fuera, entendemos que con ello se produce una profunda alteración en el análisis, al tomar en consideración circunstancias que hacen a la calificación de una defensa como ilegítima, para convertir lo que es una verdadera agresión al honor (la injuria) en una provocación suficiente, y una acción defensiva (aunque ilegítima por irracional) en una agresión (39).-

Iguals reparos nos merece la solución que se da al caso del ladrón. Preguntarse si éste puede defenderse legítimamente del dueño de la cosa que lo persigue para matarlo, es un interrogante mal planteado. Siendo la provocación suficiente un elemento negativo de la defensa legítima, y siendo el ladrón agresor, sería incorrecto preguntarse por la legitimidad de la "defensa" de éste.-

## **CONSIDERACION FINALES.-**

La sola enunciación de las diversas opiniones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto al significado de la expresión "falta de provocación suficiente", es de por sí demostrativa de las dificultades que esta exigencia legal ha generado en las legislaciones, que, como la nuestra, la han incorporado como condición negativa para la configuración de la legítima defensa.-

Esto ha llevado a algunos autores a proponer de *lego ferenda*, su supresión (40). Algunas legislaciones han seguido este camino (41).-

En una futura reforma legislativa deberá estudiarse la conveniencia de mantener esta condición en nuestra ley, teniendo en consideración la imprecisión, que tal exigencia genera en los límites de legitimidad de la defensa necesaria.-

## NOTAS

(1) "Si bien el principio de legalidad cumple una función de primordial importancia en el plano de la tipicidad, no es menos cierto que el mismo se extiende a todo límite de punición, abarcando incluso la ley procesal".- Zaffaroni, Eugenio R. "Tratado de Derecho Penal" tomo I, pág.140.-

(2) Exigen intencionalidad lesiva para considerar agresión: Jimenez de Asúa, Luís.- "Tratado de Derecho Penal".-T.IV pág.170.-2ª edición, Losada; Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal-Parte General, Tomo III, Editorial Astrea.- 1981, pág.597 -:De la Rúa Jorge, "Código Penal Argentino-Parte General".- Lerner, 1972, pág.451.- Es también la posición mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia española.- Entre otros: "Gomez Benitez, José Manuel.- "Teoría Jurídica del Delito-Derecho Penal-Parte General; Editorial Civitas, Madrid, 1984, pág.-334.- En contra: Bacigalupo, Enrique.- "Derecho Penal-Parte General", Hammurabi, 1987, pág.230.-

(3) Dice Zaffaroni:"Es inadmisibles la legítima defensa contra la conducta meramente imprudente puesto que, lo que cabe, tratándose de culpa inconsciente, es advertir al sujeto del peligro en que pone los bienes ajenos" y luego agrega"... todo caso de culpa consciente en que el sujeto titular del bien jurídico conoce el peligro y el sujeto que actúa con imprudencia sabe de ese conocimiento y también sabe que el titular no ha asumido el riesgo, es simultáneamente una conducta con voluntad lesiva, dirigida contra la libertad del sujeto pasivo de la imprudencia".- Zaffaroni, Eugenio Raúl, obra citada, Tomo III, pág.597/598.-

En igual sentido Luzón Peña, quien argumenta que, si el sujeto actúa en forma imprudente tiene bajo su control la realización de la conducta imprudente, no habría peligro inminente para algún bien jurídico individual, y cuando este peligro se presente es por pérdida del control por el sujeto, en cuyo caso, en uno ni en otro momento cabrá hablar de agresión por falta de peligro inminente o del control de la voluntad, o bien cuando el sujeto no pierda el control, al producirse el peligro inminente bastará con avisarle o detener la acción sin lesionarlo."(en "Aspectos esenciales de la legítima defensa", Barcelona, 1978, pág.181 y sig.).-

(4) En contra, negando que las omisiones puedan constituir agresiones, Gómez Benitez, José Manuel, obra citada, pág.337.-

(5) El argumento dado por Luzón Peña, afirmando que la misma no afecta bienes jurídicos individuales, por lo que no puede considerarse agresión ilegítima, (obra citada, pág.160/161) es refutado acertadamente por Zaffaroni, quien contesta que si bien la omisión se funda en un deber general de solidaridad, no por ello tutela únicamente el sentido de solidaridad social, sino que ésta resulta tutelada solo secundariamente.- (Tratado, Tomo III, pág.599).-

(6) Es la posición sostenida en nuestra doctrina por Malamud Goti, quien luego de desechar la búsqueda de un criterio fijo en virtud del cual pueda establecerse en abstracto qué es lo legítimo y qué no lo es, recomienda que la cuestión debe ser aprendida en el instante en que la acción afecta los intereses de un tercero, y en ese preciso contexto.- Y agrega:"una acción que no es ilegítima en su origen, se transforma en tal en el momento de hacerse necesaria la defensa". Jaime E. Malamud Goti, "Legítima defensa y Estado de Necesidad". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.- 1977; pág.33.-

(7) Lleva razón Bacigalupo al observar que esta discusión solo puede tener alguna consecuencia práctica "en la medida que la obligación de tolerar de parte del agredido y la autorización de obrar

del agresor sean definidas de tal forma que no tengan un contenido recíproco (el "agredido" debe tolerar el ejercicio del derecho del "agresor").- Enrique Bacigalupo.- Obra citada, pág. 227.-

(7 BIS) Entendemos que las acciones que constituyen abuso de derecho (art. 1071 segunda parte del Código Civil Argentino), son antijurídicas.-

(8) Distinta es la cuestión de si frente a la agresión de menores, dementes, o ebrios, opera una restricción "ético social" al derecho de defensa del agredido. En este sentido Gómez Benítez, Juan Manuel, obra citada, pág.3232.- También Bacigalupo, Enrique, obra citada , pág.228/229.-

(9) Atribuye Núñez el origen de esta equivocada interpretación a Julio Herrera quien comentando la fórmula del Código Penal de 1886, de idéntica redacción al actual en lo referente a la legítima defensa, sostenía que la única defensa legítima era la de la persona, y cuando la ley habla de derechos -sostenía Herrera- debía entenderse en el sentido de los derechos inherentes a ella, como ser la integridad personal y la libertad. Núñez Ricardo, "Tratado de Derecho Penal" T.1, Lerner, 1976, pág.351 y sig..-

Al respecto ver la jurisprudencia citada por Jimenez de Asúa en su tratado Tomo 4. pág.162 y la mencionada por Rubianes, Carlos J. "El Código Penal y su interpretación jurisprudencial", T.1, pág.179 N°3.

(10) Rodríguez Devesa José María, "Derecho Penal Español", T.1,pág. 480.-

(11) Sólo quedarían excluidos los bienes supra personales de los que sea titular el Estado (como por ejemplo el orden público), salvo que se trate de bienes individuales (como el patrimonio económico del Estado) los que sí pueden ser legítimamente defendidos. (Conforme la opinión de Bacigalupo Enrique, ob.cit.pág.226; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Trat. T.3, pág.618; Gómez Benítez, José Manuel, ob.cit.pág.330/ 331.-

(12) Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tea, 1978, Tomo I, pág.345.-

(13) "La suficiencia no tiene como único parámetro la materialidad de la conducta, sino también el comportamiento subjetivo del autor: no hay provocación culposa".- Núñez, Ricardo C. "Las disposiciones generales del Código Penal" Lerner, 1988, pág.144.-

(14) Lo admiten,: Zaffaroni, Trat.T.3, pag.612, quien advierte que semánticamente la palabra provocación no requiere la intención de desencadenar la reacción, pues una de sus acepciones es "mover a"; Bacigalupo, Enrique, ob. cit. pág .230; Bustos Ramirez, Juan "Manual de Derecho Penal Español- Parte General" Ariel, Barcelona,1984, quien señala la inconsecuencia de exigir intencionalidad en el acto provocativo y contentarse con la imprudencia en la configuración de la agresión (pág.238).-

(15) Sebastián Soler, Trat. T.1, pág.355.-

(16) Enrique Bacigalupo, ob.cit.pág.230.-

(17) Núñez Ricardo C. Trat. T.1 pág.360 y sig..-

(18) Jimenez de Asúa, Luís Trat. T.IV pag..-

(19) Zaffaroni, Eugenio R.: "Manual de Derecho Penal-Parte General", Ediar, 1985, pág.493.-

(20) Una situación distinta es la de quien ni siquiera conoce el carácter ofensivo de sus dichos, la que no debe ser confundida con el caso expuesto.-

(21) Por ejemplo quien rompe una vidriera para salvar al dueño del local que se está asfixiando por pérdida de gas..-

(22) Así, quien imprudentemente saca a pasear un puma por las calles de la ciudad, y obliga a un tercero a tener que matar al animal para salvar la vida de un niño que fuera atacado por el felino.-

(23) Es manifiesta la preocupación de un importante sector de la doctrina española ante la posibilidad de que por vía de interpretación del tercer requisito de la legítima defensa, se filtre el repudiado principio del *versari in re illicita*.- Al respecto, ver Córdoba Roda Juan.- "Las eximentes incompletas en el Código Penal", Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pág. 113 y sig..-

En la doctrina argentina, fue Sebastián Soler quien claramente advirtió sobre este peligro, y es una de las razones que lo lleva a aplicar la teoría del exceso en la causa, para los casos de legítima defensa imperfecta, con la finalidad de atenuar la responsabilidad del suficiente provocador. Sebastián Soler, *Trat. T.I*, págs. 356 y 372 y sig..- Sobre las dificultades para aceptar la teoría del exceso en la causa en nuestra legislación, ver Núñez Ricardo C., *Trat. T.I*, pág. 426; Zaffaroni Eugenio *Trat. T.III* -pág. 641.-

(24) Este es el sentido que le damos a la expresión ser extraño al mal que quiere evitar.- En igual sentido: Núñez, Ricardo C., *Trat. T.I* pág. 334; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", T.II Abeledo-Perrot, 1977, pág. 189, Jimenez de Asúa Luís, *Trat. T.IV*, pág. 394.-

No es posible desarrollar en este trabajo las razones en las que basamos nuestra interpretación. Señalamos solamente que, si se entendiera que quien imprudentemente generó la situación de necesidad debe responder por lo que realice en ese estado tendiente a salvar el bien que sin intención puso en peligro, implicaría la consagración del repudiado principio del *versari in re illicita*.-

(25) Quedan comprendidas dentro del concepto de conductas contrarias a derecho, aquellas acciones que contraríen los usos y costumbres, en tanto éstos puedan ser fuentes atributivas de derechos (art. 17 del Código Civil).- También consideramos como antijurídicas las conductas que constituyen abuso del derecho (art. 1071, segunda parte, del Código Civil).-

(26) En tanto en la jurisprudencia argentina como en la española existen fallos que excluyen a los actos lícitos como provocación suficiente. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sostuvo: "No constituye actitud provocativa el ejercicio de un derecho propio, porque no es un acto ilícito (Cód.Civ.Art.1071; Const.Nac.art.19)".- (Publicado en la obra de Barberá de Riso, María C. "Doctrina Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", Vol.I, pág. 176, Depalma, 1983).- También la Cámara del Crimen de la Capital ha dicho que: el ejercicio de un derechos, el cumplimiento de un deber, no constituyen provocación suficiente. Citado por Jimenez de Asúa, *Trat. T.IV*, pág. 239.- En España el Trib. Supremo sostuvo que la conformidad del acto desencadenante de la agresión, excluye la provocación suficiente. Ver al respecto, Córdoba Roda, Juan, ob. cit. pág. 113.-

(27) Que la conducta suficientemente provocadora es antijurídica parece ser lo afirmado por Zaffaroni, al señalar: "Que la provocación de la situación de defensa sea antijurídica -y por definición debe serlo- no significa que la "agresión" sea siempre en tales casos una defensa legítima (ni que la verdadera agresión sea la provocación)". *Trat. T.3*, pág. 605.- En contra, sosteniendo que la provocación suficiente no necesita ser antijurídica, Bacigalupo, Enrique, ob. cit. pág. 229.-

(28) Jimenez de Asúa, Luís, ob. cit. T.IV, pág. 237.-

(29) Conforme a la posición de Zaffaroni, ob. cit. T.3 pág. 608.-



(30) Bustos Ramirez, Juan, ob.cit.pág.238.-

(31) Joaquín Francisco Pacheco. "El Código Penal Concordado y Comen-tado", T.I.,Madrid, 1870, pág.155.-.

(32) Núñez Ricardo C., ob.cit.T.1, pág.363, nota N°270.-

(33) Jimenez de Asúa, Luis. Adiciones, pág.387.-

(34) Soler, Sebastián, Trat.T.I,pág.353.-

(35) "La provocación es un concepto distinto de la agresión ilegíti-ma. Mientras ésta ha de ser actual o inminente, la provocación consiste en un ataque ya consumado." Anton Oneca, José- D.P.T.I, 1949, pág. 249.-

(36 y 37) Utilizan estos ejemplos: Soler (Tra.t.I, pg. 354; Jimenez de Asúa (Trat.T.IV, pág.237); Núñez (Manual pág.197 y Trat.T.I pág. 362; por su parte, Zaffaroni, reconoce que la injuria puede ser provocación suficiente o agresión ilegítima.(Trat.T.3, pág.605 y 610).-

(38) Ricardo Núñez, en un artículo publicado en "La Ley", T.72, pág.403 y sig., titulado "Ofensas verbales al honor y al pudor y reacción de hecho", comentando el caso Ciriaco Ibarrola, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, destaca el a-cierto del fallo al considerar a las ofensas verbales al honor y al pudor como agresiones susceptibles de ser repelidas legítimamente por el agredido.-

(39) Esto -que a nuestro juicio es un error- es sostenido expresamente por Laje Anaya:"... traducida la expresión "provocación suficiente" como ofensa, es claro que ese carácter tiene, como tal, que lesionar sentimientos, afectos o derechos. En tal hipótesis, la o-fensa no representa sinó una agresión ilegítima dando lugar a la defensa en los términos de la letra b." (se refiere el autor al requisito b del inc. 6 del art.34 del C.P.), y agrega más adelante..."si el provocador da lugar a una reacción que cae dentro del segundo elemento y las cosas terminan allí, hay legítima defensa para el provocado porque el hecho se traduce justamente en una defensa. Pero si el provocado, hasta ese momento en situación de poder defender o defenderse, reacciona fuera de los límites que le concede el segundo requisito, todo habrá cambiado, y en función, ahora, de los tres elementos, el provocador suficiente conservará su calidad, y aquél por obra y gracia de las letras a, b, y c, será un agresor ilegítimo, que como tal, le creará al provocador una situación de peligro y necesidad de defensa".- Laje Anaya, Justo.- "Comentarios al Código Penal" Parte General, Vol.I, pág.436- Depalma, 1985.-

(40) Bacigalupo, Enrique, ob.cit.pág.229, también Soler, Sebastián, Trat.t.1, pág.352; De la Rúa, Jorge, ob. cit. pág.456, entre otros.-

(41) Así, el Código Penal Colombiano.- En nuestro país, los proyectos de reforma del Código Penal de 1960 y 1979 no exigen la falta de provocación suficiente como requisito para legitimar la defensa.-