



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía

La provocación suficiente en
la legítima defensa.
Esbozo de un método analítico

N° 288

Oscar Bustamante

Tutor: Aníbal Mathis

Departamento de Investigaciones
2008

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

ÍNDICE

I. Introducción	5
II. La provocación frente a la agresión ilegítima	7
III. La provocación y el pretexto de legítima defensa.....	11
IV. De la provocación culposa.....	14
V. Sobre la suficiencia de la provocación	18
VI. Digresión sobre el llamado deber de huída	23
VII. ¿Y que significaba provocar?	27
VIII. Conclusiones	31

I. INTRODUCCIÓN

La legítima defensa tal vez sea el ejemplo más claro de una causal de justificación de las acciones típicas. De su pertenencia a tal categoría se desprende que quien actúa dentro de sus límites, lo hace lícitamente, por lo que no solo resultará de ello la exclusión de la pena, sino también la exención de la responsabilidad civil.

En nuestro Derecho los requisitos de la legítima defensa se encuentran ennumerados en el art. 34, inc. 6 y 7 del Código Penal, que dice lo siguiente:

34. 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 de quien se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Como hemos dicho que las circunstancias enumeradas deben concurrir, lo que según el apartado c) no debe haber sido suficientemente provocado es la agresión ilegítima que principia la lista. La interpretación es sencilla, y para mayor claridad, la definición constitutiva del legislador puede ordenarse de la siguiente manera: No será punible quien actuare en defensa propia o de sus derechos, siempre que repeliese, mediante un medio racional y necesario, una agresión ilegítima que no haya sido por él provocada suficientemente.

Es decir que se trata de un requisito negativo: lo que debe concurrir al ejercicio legítimo de la defensa, es la ausencia de una provocación suficiente de la agresión ilegítima efectivamente desatada. Ahora bien, ¿qué significa provocar suficientemente una agresión ilegítima? Esta pregunta, que constituye el objeto de nuestro trabajo, ha sido objeto de agotadores debates doctrinales, y de muy dispares interpretaciones judiciales.

Pero no es nuestra intención en este breve trabajo presentar al lector el desfile de todas aquellas interpretaciones. Lo que nos proponemos en cambio, es discutir algunos puntos cruciales de la provocación suficiente y anotar en ellos nuestras propias opiniones, para ir bosquejando una nueva teoría que contemple los problemas de interpretación y aplicación más comunes del requisito que se trata.

Los puntos que hemos considerado más importantes en este trabajo, han sido los siguientes:

1) La diferencia entre la provocación suficiente y la agresión ilegítima. Porque en la práctica no es rara la confusión entre ambos conceptos, sobretodo en lo que respecta al agente de cada una, a su ubicación lógico-temporal, y a sus efectos jurídicos.

2) La diferencia entre la provocación suficiente y el pretexto de legítima defensa. Debido a que se pueden confundir por ser similares sus efectos, ya que en principio ambos vedan el ejercicio de la legítima defensa. También propondremos en este punto un concepto nuevo, *la provocación ultraintencional*, que en muchos casos nos parece más adecuado que el de pretexto de legítima defensa.

3) El problema de la provocación culposa. Otro de los asuntos muy discutidos por la doctrina del requisito. Nosotros aceptamos la posibilidad de provocar culposamente por razones dkelógicas, pero previamente exigimos ciertas cualidades de la conducta para calificarla de provocación. Especialmente

en este punto hemos visto la necesidad de bosquejar nuestra propia teoría, por lo que hemos dejado imbricados en este apartado sus primeros borradores.

4) La suficiencia de la provocación. Si bien consideramos que ella solo puede ser apreciada por el juez en cada caso en particular, tratamos el asunto justamente para anotar nuestra crítica frente a las doctrinas que pretenden integrarla al concepto mismo de la provocación, cuando en nuestra opinión solo se trata de una cualidad accidental de aquel concepto, que debe ser medida con relación a la agresión ilegítima efectivamente desatada por el provocado.

5) Digresión sobre el llamado deber de huida. Aunque estrictamente hablando no atañe al requisito de la provocación suficiente, sino al de la necesidad de la defensa, suele relacionárselo con el primero, e incluso pretenden algunos autores, que en la presencia del requisito de la provocación descansa la exigibilidad este deber. Aquí volvemos a proponer un nuevo concepto, llamado deber de prevención de la agresión, que consideramos mucho más adecuado que el anterior para la resolución de múltiples situaciones, a la vez que su carga semántica se torna positiva, al relacionárselo con la prudencia en vez de la cobardía.

6) El significado de provocación. Como renegamos de los métodos puramente exegéticos y consideramos que la definición de este requisito debe ser normativa, dejamos para el final la pregunta por el significado mismo del verbo provocar en la norma que se interpreta.

II. LA PROVOCACIÓN FRENTE A LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA

1. Diferencia entre provocación y agresión

No ha sido infrecuente la confusión entre ambos conceptos. Soler se encarga de rechazar su identidad con esas palabras: "...es evidente que al tercer requisito no podemos darle la interpretación que algunos pretenden, entendiendo que la expresión "provocación suficiente" significa *suficiente para constituir en injusto agresor*.¹"

Es decir que, para Soler, quien provoca suficientemente no se constituye en agresor injusto, con lo que resulta que la provocación suficiente no equivale a una agresión ilegítima, y por lo tanto no es posible defenderse legítimamente de una provocación.

El razonamiento es claro: Si quien provocara suficientemente se convirtiera en agresor, contra su conducta cabría ya una legítima defensa, y el tercer requisito del instituto se volvería redundante, bastando con exigir el primero en su lugar. Utilizamos un esquema para apreciar mejor sus diferencias:

I. La provocación suficiente:

a) Agente: el provocador, que más tarde puede convertirse en sujeto pasivo de la agresión provocada (agredido), y en agente de la defensa. En tal caso será provocador/agredido/defensor.

b) Tiempo: anterior a la agresión ilegítima que provoca.

c) Efectos: si la provocación ha sido suficiente, veda el derecho del provocador/agredido a defenderse con legitimidad. Sin embargo, como la agresión provocada no deja de ser objetivamente ilícita, un tercero podrá intervenir lícitamente en defensa del provocador.

II. La agresión ilegítima:

a) Agente: el agresor, que puede haber sido sujeto pasivo de la provocación, y en ese caso será provocado/agresor.

b) Tiempo: posterior a la provocación -si existió- e inmediatamente anterior o concurrente al de la defensa.

c) Efectos: da derecho a una defensa racional y necesaria, de carácter lícito, que llamamos legítima defensa. Quien agredió no puede a su vez defenderse de la defensa del agredido, porque ésta no es antijurídica. Salvo que el agredido se excediera, con lo que renacería para el agresor primario su derecho a defenderse.

Estos dos binomios, constituidos por las relaciones entre provocación/agresión y agresión/defensa, no surgen sino de la ley, y deben ordenar los pasos del juez que ya ha resuelto si se encuentra frente a una conducta original provocadora o agresiva. Consideremos un ejemplo de conflicto, en donde la letra simboliza el sujeto, y el número las acciones que se suceden en el tiempo:

A1 - **B2** - **A3** - **C4**

Supongamos que en la primera acción, el sujeto A insulta al sujeto B. Si el juez decide que ésta acción original **A1** se trató de una agresión ilegítima, entonces **B2** solo podrá ser considerada: **1)** una reacción defensiva racional y necesaria, **2)** una reacción defensiva excesiva, o **3)** otra agresión ilegítima.

Si se trató de **1)**, entonces la acción **A3**, que fue defenderse de **B2**, es ilegítima, porque no cabe esgrimir la legítima defensa contra la legítima defensa, y asimismo será ilegítima la intervención de un tercero a favor de A (**C4**). Si en cambio, se trató de **2)**, es decir, de una reacción defensiva excesiva, entonces la defensa de A (**A3**) será legítima, como lo será también la intervención del tercero en su favor (**C4**).

¹ Soler, Sebastián. 1978. *Derecho Penal Argentino* T.I. Tea. Buenos Aires. Pág. 353.

Ahora bien, supongamos que el juez ha juzgado que el original insulto de A (**A1**) se trató de una provocación. En ese caso, solo le resta compararlo con la agresión subsiguiente de B (**B2**), para decidir si la provocación ha sido suficiente para desatar esa reacción. Si la respuesta es positiva, la posterior defensa de A (**A3**) será ilegítima, pero no como en el primer caso porque la conducta **B2** sea legítima, sino porque el sujeto A no puede defenderse de la agresión que él mismo ha provocado. Sin embargo, como **B2** no deja de ser una agresión ilegítima, la intervención de un tercero a favor de A (**C4**) será legítima, en cuanto C no haya participado en la provocación.

Como se aprecia, no puede evaluarse la reacción del que ha recibido la injuria (**B2**), para decidir si la acción del injuriante (**A1**) ha sido una provocación o una agresión. Sino que el orden lógico y temporal indica que debe decidirse primero la naturaleza de la acción original, para luego resolver si le ha seguido: **a)** una agresión ilegítima no suficientemente provocada, **b)** una agresión ilegítima suficientemente provocada, **c)** una legítima defensa, ó **d)** un exceso en la legítima defensa. Como no es necesario repetir, los dos últimos casos no podrán seguir a una provocación, mientras que a una conducta original agresiva podrán seguir no solo los incisos **c)** y **d)**, sino también otra agresión ilegítima.

Sin una decisión, entonces, sobre la naturaleza de la acción original (**A1**), es imposible proseguir el análisis de las acciones que le siguieron, porque no habría pista para diferenciar entre las diferentes posibilidades que enumeramos en el párrafo precedente. Cualquier razonamiento que pretendiera comenzar por otro lado, sería inevitablemente falaz y circular, por no encontrarse en ningún sitio su piedra fundamental.

Hemos alcanzado nuestro primer peldaño en la búsqueda de una interpretación de la provocación suficiente. Sabemos que no es una agresión ilegítima, que se diferencia de ella en los sujetos, en el tiempo y en los efectos. Y para esto no hemos tenido más que leer la norma con atención. Sin embargo, como dijimos al comienzo, las confusiones no son rara avis, ni parecen tener origen en una interpretación clara de la norma, sino en hacerle decir a ella lo que no dice. En nuestra opinión, al siguiente párrafo lo pueblan tres desatinos:

“Quien agrede ilegítimamente (art.34, inc.6º, letra a, Cód. Pen.) hace más que provocar, por lo que el concepto de provocación resulta incluido en el de agresión ilegítima en tanto esta existió”. (SCJBA, 7-11-95, “L., C. s/ lesiones graves”, JUBA.)

1. En primer lugar, que quien agrede ilegítimamente *hace más* que provocar, no lo dice la ley. Ni tampoco se aclara en la sentencia que significa *hacer más*. Podríamos pensar que quiso decirse “hace algo más grave”, pero tal afirmación tampoco encontraría un fundamento jurídico. Así por ejemplo, si bien no aceptaríamos llanamente que quien estafa *hace más* que lesionar levemente, podríamos llegar a convenir que hace algo *más grave*, si comparamos las escalas punitivas de ambos delitos. Sin embargo, tal indicador común no existe entre la provocación y la agresión ilegítima. Contrástense dos ejemplos: en el primero una persona hurta a otra una simple lapicera. Hay agresión ilegítima del patrimonio de la víctima y posibilidad de una defensa racional—por ejemplo sujetar con firmeza la muñeca del ladrón sorprendido—. En el segundo caso, un hombre mira con insistencia y lascivia a la hijita pequeña de otro. En este caso no hay agresión ilegítima sino provocación, suficiente quizá para recibir un puñetazo. Tanto la agresión del primer caso, como la provocación del segundo, son acciones ilegítimas. No obstante, la reprobabilidad ética y las consecuencias jurídicas de la provocación del segundo caso son mayores a las de la agresión del primero. Provocar no es hacer menos ni hacer más que agredir, sino que cada una puede alcanzar una menor o mayor gravedad siempre dentro de su propia naturaleza. Quien provoca, *no hace menos ni más* que quien agrede, hace algo diferente.

2. Aún si aceptáramos como pie lo que venimos de negar, es decir, que quien agrede hace más que provocar, no se alcanzaría a entender porque se seguiría de ello que “*el concepto de provocación resulta incluido en el de agresión ilegítima*”. Nada hace pensar que porque una cosa sea más que la otra, deba comprenderla necesariamente. Piénsese que un hombre ha matado a otro de un balazo en el pecho: no hay duda de que hubo una agresión ilegítima, ¿pero quién puede señalar a la provocación suficiente *incluida* en ella?

3. Y si finalmente olvidásemos nuestras razones anteriores, y repitiéramos que la agresión es un gigante que siempre lleva en el zurrón al enano de la provocación², no se ve para que nos serviría tal

² Al mismo tiempo, subordinación de grado e inclusión.

exposición. Porque como se ha visto, la cualidad de provocadora únicamente puede predicarse de la conducta anterior del agredido, y no de la agresión ilegítima que la procede. Solo esta última puede ser suficientemente provocada, no es menester para saberlo más que leer el texto de la ley.

En resumen:

La provocación es un acto necesariamente anterior a la agresión ilegítima que incita. Su agente -el provocador- será, en caso de efectiva agresión, sujeto pasivo de aquella, y por consiguiente, sujeto activo de la defensa. Es decir que el agente provocador, el sujeto agredido y el agente defensivo son en principio la misma persona. La única excepción a esto la configura el caso de aquel que provoca conjuntamente con otras personas, y que no resulta ser luego el blanco de la agresión efectiva del sujeto provocado. En este caso, el provocador no agredido tampoco puede intervenir legítimamente en la defensa de los provocadores efectivamente agredidos, por expresa disposición del artículo **36**, inc. **7** de nuestro Código Penal, que hemos copiado más arriba.

El único efecto de la provocación suficiente es el de vedar al provocador agredido el ejercicio legítimo de la defensa, pero de ninguna manera tiene como consecuencia legitimar la agresión del sujeto provocado. Esta agresión no deja de ser ilegítima, y la prueba de ello radica en que un tercero que no haya participado en la provocación puede intervenir legítimamente en defensa del provocador agredido.

La lógica de la legítima defensa y sus requisitos se circunscribe a la antijuridicidad de las acciones de los sujetos comprometidos, pero de ninguna manera atañe a la culpabilidad de estos agentes. Por lo que nada obsta a que el juez, por ejemplo, declare ilegítima la agresión desatada por el sujeto provocado, pero lo absuelva por no hallarlo culpable de su reacción, o por no considerar reprochable su conducta. Y lo mismo puede decirse del caso en que la defensa del provocador agredido no pueda declararse legítima, y sin embargo tal agente se hubiese hallado en situación de no exigibilidad de otra conducta, como en el clásico ejemplo del amante sorprendido y amenazado de muerte por el marido furioso. Estas aclaraciones parecen verdades de perogrullo y aparecen en muy pocos tratados de la materia, y sin embargo es necesario que se las haga, porque en la práctica muchos jueces fuerzan sus interpretaciones del requisito que nos ocupa, con tal de encontrar una mejor solución dikelógica a los casos que resuelven, sin considerar que la efectiva imposición de una pena requiere de mucho más que la declaración de ilicitud de la conducta que se imputa.

2. El caso de los insultos

En el punto anterior tratamos sobre un problema general: la diferencia entre la agresión y la provocación como categorías jurídicas ideales, cuyas diferencias debían ser apreciadas a priori, para poder predicar con ellas las diferentes conductas que dieran lugar y continuasen un conflicto. En cambio, en este segundo título trataremos un problema particular: los insultos, ¿son provocación o agresión ilegítima?

Muchos autores incluyen a los insultos entre sus ejemplos de provocación, pero como la agresión ilegítima tampoco requiere la tipicidad, no parece que pueda afirmarse que en ningún caso pertenecerán a esta categoría. Así lo sostiene Donna, al referirse a los bienes legítimamente defendibles:

“Tampoco hay problemas en la defensa del honor, siempre que se den los requisitos de la defensa, especialmente la actualidad de la agresión ilegítima. Y este sería el caso de la persona que evita que prosigan los insultos³”.

Esta posibilidad de legítima defensa frente a los insultos nos parece indiscutible. Sin embargo, no es difícil encontrar fallos que sostengan la opinión contraria, a veces requiriendo la fuerza o la violencia de la acción agresiva, y otras sosteniendo una noción materialista de la misma:

“Los insultos no configuran agresión ilegítima que justifican la defensa, porque no crean peligro para ningún bien jurídico que pueda conjurarse con ejercicio de la legítima defensa, no existe necesidad de defenderse.” (CCCorr. de La Plata, 25-2-86, “G., E. F. s/Lesiones leves”, JUBA.)

³ Donna. 2003. Teoría del delito y de la pena T. II. Ed. Astrea. Buenos Aires. Pág. 141.

En nuestra opinión, el concepto de bien jurídico es impropiaamente utilizado en esta sentencia. En efecto, él es una abstracción teórica y necesaria del sistema penal liberal, que tiene por fin limitar la facultad punitiva del Estado. Los bienes jurídicos son el resultado de una selección de aquellos valores más esenciales de la vida humana, para ser relacionados después con formas de peligro o de lesión también escogidas y limitadas, con el fin de estructurar de esa manera un sistema discontinuo de ilicitudes, donde la regla es la libertad.

Ahora bien, científicamente, dicha teoría no tiene por objeto abarcar todos los intereses humanos dignos de alguna protección, sino que solo la comprenden aquellos más fundamentales, los cuales pueda proteger el Estado mediante la amenaza y la imposición de sus sanciones penales. En tal sentido, la teoría del bien jurídico es políticamente valiosa como guardiana del hombre frente al brazo del Estado, pero es una abstracción sin fundamento cuando quienes se enfrentan se hallan en pie de igualdad: con su aplicación, el derecho de los hombres a defenderse, por ejemplo, mediante acciones tan inocuas como un leve empujón o un baldazo de agua, estaría tan limitado como lo está el poder del Estado para aplicar su pena de prisión. De tal manera que los hombres se verían ciertamente obligados a soportar lo injusto, cuando este veneno les fuera administrado en sus dosis más disimuladas.

De acuerdo a la enciclopedia jurídica Omeba⁴, el concepto de bien jurídico encuentra su origen en Alemania, en 1834, gracias a Eirbaum, e ingresa al campo del Derecho criminal para reemplazar a la noción de derecho subjetivo. Según la misma obra, este concepto permite conocer exactamente la función del orden jurídico penal, facilita la comprensión de las figuras penales y es la base de la exposición sistemática de la parte especial. El mismo artículo también señala el trasfondo político de esta construcción dogmática, y señala como ejemplo la corriente político-criminal del Estado autoritario Alemán, que dio origen a un concepto encontrado con el de lesión del bien jurídico, cual fue el de “violación del deber de obediencia y fidelidad hacia la comunidad popular y nacional” (Pflichtverletzung).

Por otro lado, como lo advierte Zaffaroni, “La amplitud de los objetos surge en nuestro ordenamiento con toda claridad de la amplitud de los vocablos empleados en la ley: “defensa propia”, “de sus derechos”, “de la persona o de los derechos de otro”⁵. Muy similares son las razones de Pacheco: “Es de advertir, ante todo, que la ley no ha limitado el derecho de defensa a los casos en que se intente dañar nuestra persona, sino que ha comprendido también cuando se quiera perjudicar nuestro derecho. Ahora bien: esta palabra es muy lata, y en su extensión comprende multitud de cosas, unas más, otras menos importantes. En nuestro derecho se designan los bienes más preciosos, y los menos preciosos que poseemos: los fueros más respetables del decoro y de la honra, y las más fútiles prerrogativas de convencional distinción. Todo entra en nuestro derecho porque todos son derechos que nos pertenecen o nos asisten”⁶.

Creemos que no puede sostenerse que el insulto y las injurias no puedan constituir agresión ilegítima, y que frente a ellas existirá la posibilidad de defenderse legítimamente. Como dice Soler, “el problema no consiste en seleccionar determinados bienes para declarar que solo esos son defendibles, sino en la proporcionalidad, racionalidad o necesidad de la defensa”⁷. En igual sentido se expresa Jiménez de Asúa, amonestando en su formidable tratado a quienes sostienen que las palabras injuriosas no dan lugar a la legítima defensa: “Olvidan, quienes tal cosa dicen, 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”⁸.

Sin embargo, y por su naturaleza mutuamente excluyente, el juez deberá determinar en cada caso si el insulto ha constituido una agresión o una provocación, y a partir de esta primera categorización proseguirá su examen de los hechos subsiguientes, según el esquema que antes hemos dado. Si no se respetara este orden, no habría manera, por ejemplo, de distinguir si el golpe de puño que recibió el injuriante se trató de un acto defensivo legítimo o excesivo, o bien de una agresión ilegítima suficiente o insuficientemente provocada.

⁴ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo II. 1991. Driskill. Buenos Aires. Pág. 188 y sgtes.

⁵ Zaffaroni, Eugenio. 1981. *Tratado de derecho penal, parte general*, T.III. Ediar, Buenos Aires. Pág. 595.

⁶ Jiménez de Asúa, Luis. 1961. *Tratado de Derecho Penal*, T. III.. Losada. Buenos Aires. Pág. 130.

⁷ Soler, Sebastián. 1978. *Derecho Penal Argentino* T.I. Tea. Buenos Aires. Pág. 445. Sin embargo, cuatro páginas más adelante el mismo autor defiende la tesis de que la amenaza o la injuria no constituyen agresión ilegítima.

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. 1961. *Tratado de Derecho Penal*, T. III.. Losada. Buenos Aires. Pág. 127.

III. LA PROVOCACIÓN Y EL PRETEXTO DE LEGÍTIMA DEFENSA

1. Diferencia entre ambos conceptos

Este segundo paso comparte el procedimiento negativo del anterior: consiste en avanzar hacia el concepto de provocación distinguiéndolo de aquellos otros con los que suele confundírsele. Esta vez, es Soler quien nos despeja el camino: “La complicación traída por este tercer requisito, consiste en que debe significar algo, y algo distinto de agresión ilegítima. Desde luego, *tampoco puede ser entendido como destinado a excluir los casos en los que la legítima defensa es solo un pretexto o una simulación*.⁹”

La simulación de legítima defensa, según lo enseña el mismo autor, consiste en la provocación maliciosa de una agresión, para tener oportunidad de reaccionar bajo una situación de aparente legitimidad. En esta comparación sí puede decirse, con alguna verdad, que nos encontramos con una diferencia de grado frente a la provocación, puesto que no es en *la naturaleza misma* de la acción¹⁰, sino en los alcances de la intención de su agente, que puede distinguirse al simulador del mero provocador suficiente¹¹.

Distinguiamos tres grados diferentes de la intención de tal agente:

- I. “A” ejecuta una acción sin prever sus consecuencias provocadoras.
- II. “A” ejecuta una acción previendo su efecto provocador.
- III. “A” ejecuta una acción planeando reaccionar ante la agresión provocada.

Este esquema es ciertamente muy humilde. Se podría reemplazar, en los primeros dos niveles, el verbo *prever* por el de *querer*, y con ello quizá se encontrarían otros dos niveles ocultos entre ellos. Incluso, cuando se anota *prever*, podría aclararse si se trata de conocer una cualidad intrínseca de la acción que se ejecuta, es decir, de conocer el carácter objetivamente provocador de la conducta, o si por el contrario se trata de prever sus efectos frente a una determinada persona. Y en este último caso, también podría preguntarse si esa persona de la cual debe hacerse el cálculo de sus reacciones, debe ser aquella a quien se dirige la acción o si tal previsión debe realizarse de todos los que puedan presenciar la conducta: por ejemplo, “A” hace un comentario a “B” en un bar donde hay muchas personas, ¿debe prever que una de esas personas escuche el comentario dirigido a “B” y reaccione por resultarle *particularmente* provocador? El caso no es de laboratorio, imagínese que podría suceder durante el transcurso de un partido de fútbol, el cual están mirando en un mismo café los hinchas de los dos cuadros adversarios, y dentro de uno de los grupos uno de los hinchas hace a otro un comentario que resulta provocador para algunos del otro grupo, sin estar dirigido a ellos.

Estas preguntas, que exceden los propósitos del capítulo, son en cambio necesarias no solo para distinguir a la provocación culposa de la intencional, sino para definir los requisitos subjetivos mismos de toda conducta provocadora, y más adelante volveremos sobre ellos. En este apartado solamente pretendemos separar de la provocación suficiente el último de los tres niveles intencionales que bosquejamos, porque consideramos que pertenece al ámbito del pretexto o simulación de legítima defensa, o bien al concepto que nosotros propondremos en su reemplazo.

Con inmejorable claridad distingue Fontán Balestra entre simulación y provocación suficiente:

“La segunda hipótesis excluida es la de quien provoca la agresión para colocarse en aparente situación de necesidad. Este supuesto, conocido en doctrina con el nombre de pretexto o simulación de legítima defensa, no tiene carácter de provocación. Es más: no existe necesidad real; la crea en apariencia y maliciosamente el propio agredido. Tampoco

⁹ Soler, Sebastián. 1978. *Derecho Penal Argentino* T.I. Tea. Buenos Aires. Pág. 354.

¹⁰ Donde por el contrario estribaba la diferencia entre la agresión y la provocación.

¹¹ Puede objetarse que, en principio, no cabe hablar de simulación de legítima defensa hasta que el agente agredido no haya repelido efectivamente la agresión, y que sin embargo en esa etapa ya puede hablarse de provocador suficiente. No obstante, se hace necesario un examen ucrónico del caso de la simulación, para distinguir sus “actos preparativos” del caso de la mera provocación, porque sus requisitos y sus efectos son diferentes.

hay voluntad de defensa. A este mismo resultado se llega interpretando los textos legales que no contienen el requisito de la falta de provocación. De donde resulta claro que el motivo que da carácter ilícito a la defensa en estos casos *no es la provocación suficiente, sino la ausencia de necesidad*.¹²

Como queda claro de las iniciales palabras de Soler y de estas últimas de Fontán Balestra, en los casos de simulación le está vedado al agredido el derecho a defenderse legítimamente, no por razón de haber provocado con suficiencia la agresión, sino por defecto del requisito de necesidad de su reacción defensiva.

No obstante, otros autores no distinguen entre ambos supuestos, e incluso llegan a defender la pervivencia del requisito de falta de provocación suficiente por considerarlo el paladión que impide la simulación de la legítima defensa. Véase un ejemplo de los autores alemanes, que solo diferencian la provocación culpable de la intencional, e ilustran esta última de la siguiente manera:

“A provoca a su odiado enemigo B, mediante expresiones (irrelevantes, según el § 185), a cometer una agresión física, contando en su poder con una llave americana para la riña que cabe esperar. B arremete efectivamente a A. Éste se defiende de su oponente, quien le supera en fuerzas, mediante la llave americana, causándole serias lesiones en la cabeza y el rostro, las cuales, por lo demás, constituían su objetivo desde un principio.”¹³

Es evidente que la clave para resolver este caso se halla en esta última aclaración: “*las cuales, por lo demás, constituían su objetivo desde un principio*”. Es palmario que no estamos aquí frente a un ejemplo en el que la provocación suficiente sea la causa por la cual se le niega al agredido su derecho a defenderse, sino frente al efectivo supuesto de una simulación de legítima defensa. Por lo que, para resolver estos casos, ni siquiera es necesaria la existencia legal del requisito negativo de la provocación, sino que basta con el defecto de la necesidad en el acto defensivo. En este ejemplo de los autores alemanes se confunde entre los grados intencionales hemos enumerado como II y III en nuestro sencillo esquema, es decir, entre la provocación intencional y la simulación o pretexto de legítima defensa.

2. Propuesta de nuevo concepto: la provocación ultraintencional

Bajo el nombre de provocación ultraintencional, proponemos una nueva categoría que incluya todos aquellos casos en los que el provocador haya pretendido, no solamente la concreta reacción del provocado, sino también su propia respuesta típica frente a la agresión desatada.

Esta nueva categoría es más adecuada que la tradicional de pretexto o simulación de legítima defensa, por las siguientes razones:

- a. Incluye no solamente los casos en los que el provocador ha planeado simular una legítima defensa –para lo cual debería al menos tener una noción elemental del instituto–, sino también aquellos en los que se provoca con el simple fin de reaccionar frente a la agresión provocada. Ejemplo típico de este último supuesto es el de aquel que desafía a otro a pelear. Como en este concepto solo importa el alcance de la intención del agente, no es necesario que –como en el ejemplo alemán–, el provocador se haya asegurado alguna ventaja para la contienda que seguirá, sino que entraría también dentro del supuesto el caso del valiente que desafía a un hombre más corpulento o más joven que él, etc.
- b. Se diferencia de la mera provocación aún antes de que el sujeto desafiado o provocado haya desatado efectivamente su agresión. Con el concepto clásico de simulación de legítima defensa no puede calificarse nunca la conducta de aquel que no ha tenido que reaccionar efectivamente ante la agresión ilegítima del provocado.

¹² Fontán Balestra, Carlos. 1995. *Derecho Penal, introducción y parte general*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 321. El resaltado es nuestro.

¹³ Maurach – Zipf. 1994. *Derecho Penal parte General*, T.I, Astrea. Buenos Aires. § 26, II, 42 Pág. 455.

Todos los casos que se incluyan en la categoría que proponemos, deben ser resueltos con la negación del derecho a defenderse legítimamente, por *defecto del requisito de la necesidad*. Esta es la solución que proponía Soler para los casos en donde “alguien maliciosamente provoca una agresión para tener la oportunidad de reaccionar en situación de aparente legitimidad”, pero que nosotros ampliamos para atrapar también las situaciones en las que alguien provoca la agresión para reaccionar frente a ella, sea con la intención de aparentar legitimidad o sin ella. Y como en estos casos sería inexacto el nombre de simulación de legítima defensa, hemos propuesto en su reemplazo aquel otro de *provocación ultraintencional*.

Como se ha visto, para la resolución de estas situaciones no es necesaria la existencia del requisito negativo de la falta de provocación suficiente. Este otro tipo de provocador, en cambio, se ha puesto a sí mismo en situación de necesidad, pero ni culposamente, ni aún mediante un acto intencional objetivamente provocador, sino *queriendo* los hechos subsiguientes y manteniendo el dominio sobre ellos. Y esta es la razón por la que se le prohíbe el ejercicio de una defensa justa.

IV. DE LA PROVOCACIÓN CULPOSA

1. Sus requisitos. Extensión de su alcance

En el apartado anterior realizamos un esquema muy sencillo de los alcances intencionales de la provocación, y descartamos de aquél su tercer supuesto como hipótesis de provocación suficiente: lo llamamos provocación ultraintencional y le otorgamos los mismos efectos jurídicos que la mayoría de los autores conceden al pretexto o simulación de legítima defensa. En el presente apartado, trataremos en cambio del primero de los supuestos de dicho esquema: la llamada provocación culposa.

En primer lugar, debe utilizarse con cautela el adjetivo *culposa*, porque éste suele implicar que se ha obrado con imprudencia o negligencia, y si embargo en el caso que tratamos no son tan claros los límites del deber de cuidado que se exige. Por otro lado, como no está explícitamente prevista por la ley la posibilidad de una provocación culposa, sino que, o bien se infiere de ella, o bien se construye dogmáticamente por razones dikelógicas, tal posibilidad debe ser meditada a la luz del principio constitucional de legalidad.

Sobre la cuestión dicen Maurach y Zipf:

“...también es posible entender culpable en el sentido de reprochable, incorporando posteriormente un componente valorativo. En tal caso, será relevante la medida en que la conducta del autor que provocó la legítima defensa haya estado justificada (p.ej., éste entra en su propia morada, sabiendo que allí se encuentra un hombre ebrio proclive a la violencia). Tomando este razonamiento como punto de partida es, además, dudosa la cualidad que debe tener la conducta previa, en especial si acaso debe tratarse de una “conducta jurídicamente reprochable” o bien si será suficiente que ella represente una conducta inadmisible desde la perspectiva ético-social; cabe preferir la opinión que atiende a la reprobabilidad jurídica de la conducta previa.¹⁴”

Nosotros coincidimos con los autores citados en que debería incorporarse el componente valorativo a los requisitos de la provocación culposa, pero a ello anotamos nuestras propias salvedades:

- a. En primer lugar, como la provocación no requiere la nota de la tipicidad, nos parece confuso exigir que la conducta deba ser “jurídicamente reprochable”. Por ejemplo, si recordamos el caso dado en el segundo capítulo, la mirada insistente sobre la hija pequeña del hombre provocado no parece que pueda llamarse jurídicamente reprochable, al menos sin dilatar el sentido de aquel término, o caer en la falacia circular de llamarla jurídicamente reprochable por ser una provocación, y al mismo tiempo requerir a toda provocación que sea jurídicamente reprochable. En cambio, es claro que la conducta del ejemplo es “éticamente reprochable”, y creemos que con eso es suficiente para dar por satisfecho el componente valorativo de la conducta provocadora. La reprobabilidad¹⁵ *jurídica* resultará, en cambio, solo después de la suma de esta reprobabilidad ética con los otros requisitos de la provocación culposa, incluido el de la posterior suficiencia en relación con la agresión ilegítima efectivamente desatada.
- b. También debemos agregar que la reprobabilidad intrínseca de la conducta no debe ser exigida solamente a la provocación culposa, sino también a la intencional, que hemos identificado en el segundo numeral de nuestro esquema de la página 12. Así, no consideramos provocación aquella acción que, aunque ejecutada por el agente con la previsión cierta de una respuesta agresiva ilegítima, no sea en *sí misma* éticamente reprobable. Como ejemplo damos el siguiente: “A” dice a “B” que si lo vuelve a ver en el mismo bar, le dará una paliza. “B”, al otro día, vuelve al mismo bar, sabiendo que es muy probable que tal conducta desate una agresión por parte de “A”. En el caso de que “A” agrede ciertamente a “B”, no creemos que haya habido por parte de “B” una provocación suficiente, por más que éste haya previsto tal agresión, porque nada tiene de reprochable su ejercicio del derecho de volver al bar que gusta frecuentar. Hemos

¹⁴ Maurach – Zipf. 1994. *Derecho Penal parte General*, T.I, Astrea. Buenos Aires. § 26, II, 46 Pág. 457.

¹⁵ El traductor de Maurach utiliza la palabra española *reprochable*, que nosotros repetimos en nuestro párrafo, pero *reprochar* estrictamente significa “reconvenir, echar en cara”, mientras que *reprobable* es lo correcto en este caso, porque el significado de *reprobar* es “no aprobar, dar por malo”.

hecho esta salvedad, porque no todos los autores exigen este requisito de la reprobabilidad intrínseca de la acción provocadora, sino que *desvaloran*¹⁶ esa conducta por el hecho de ser previsible la agresión, como veremos más adelante.

2. Componentes subjetivos de la provocación

Aceptamos entonces la posibilidad de provocar culposamente, mas requerimos de esta conducta, al igual que de la intencional, un primer componente objetivo, que a nuestro entender debe presentar en sí mismo una doble faz: 1) reprobabilidad ética de la conducta y 2) capacidad de incitación agresiva.

La presencia de este componente objetivo de la provocación ha de evaluarse en primer lugar, antes de pasar al examen de sus requisitos subjetivos. Si hay defecto de una de las fases del componente objetivo, a saber, la conducta no puede juzgarse éticamente reprochable o bien no posee capacidad de incitación agresiva, no habrá de ningún modo provocación, sean cuales fueren las intenciones del agente de tal conducta.

Ahora bien, nos resta el problema del contenido subjetivo de la provocación, ¿Qué conocimientos o intenciones hemos de requerir del agente de la conducta *objetivamente* provocadora? Para Fontán Balestra, por ejemplo, esto será la previsión del agente provocador de la conducta agresiva provocada¹⁷. Nosotros proponemos una doble integración también para el componente subjetivo de la conducta provocadora, que bastará para resolver con igual precisión tanto los casos de provocación culposa como intencional: 1) conciencia de los elementos objetivos de la conducta y 2) previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable¹⁸.

De todo esto, y para no perder el norte en medio de nuestras propias abstracciones¹⁹, es necesario que elaboremos algunos ejemplos y los resolvamos según las herramientas que proponemos. Como no es necesario aclarar, lo que nosotros sugerimos en este trabajo es solo el método de análisis de la conducta provocadora, y que las soluciones a los casos particulares solo se dan a modo de ejemplo.

1. A mantiene relaciones sexuales con B, sin saber que B es casada²⁰, ni sospechar que tiene pareja. C, marido de B, entra con su llave al departamento en donde vive con ella, sorprende a los dos amantes y se abalanza sobre A para agredirlo. ¿La conducta de A, fue provocadora?

Componentes objetivos:

- a) **Reprobabilidad ética de la conducta:** a nuestro juicio existe en el caso de mantener relaciones sexuales con una persona casada, y también en el caso de que ésta viva en concubinato con otra persona, por no basarnos para juzgar la reprobabilidad en el pacto civil de los contrayentes ni tampoco en sacramento religioso, sino en la violación del deber moral de fidelidad. Por

¹⁶ No estamos seguros de la precisión de esta palabra, pero la copiamos por ser la utilizada en la teoría que se alude. Según la RAE desvalorar es equivalente a desvalorizar, es decir que significa "Quitar valor, consideración o prestigio a alguien o algo". *Desvalor*, por su parte, significa "miedo o cobardía", y podría ser reemplazada en la doctrina por la más sana *ilicitud*, sobretodo en construcciones tales como "el *desvalor* de la acción". Los equivalentes de prefijo *dis-*, es decir, *disvalor* y *disvalioso*, ni siquiera se registran en los diccionarios, mientras que esta última adjetivación podría cambiarse con ventaja por las romances *ilícito* o *reprochable*, según fuera el caso.

¹⁷ Fontán Balestra, Carlos. 1995. Derecho Penal, introducción y parte general. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 320.

¹⁸ Para el caso de la provocación culposa. Si en cambio, la agresión ha sido prevista como cierta por el agente, estaremos frente a una provocación dolosa. De cualquier forma, lo importante es determinar el contenido subjetivo mínimo de la conducta -para distinguirla de la ausencia de provocación-, y también delimitar su límite máximo, luego del cual ya no habrá provocación suficiente sino provocación ultraintencional, con los efectos de una simulación o pretexto de legítima defensa. En medio de ambos límites, solo tiene interés teórico distinguir entre provocación culposa o intencional, puesto que sus efectos serían idénticos: la prohibición de defenderse de la agresión suficientemente provocada.

¹⁹ Sino, "¿Cómo les proporcionaríamos sentido y significación a nuestros conceptos si alguna intuición (la cual finalmente siempre tiene que ser un ejemplo de una experiencia posible cualquiera) no subyaciera a ellos? Kant. 2006. Cómo orientarse en el pensamiento. Ed. Quadrata. Buenos Aires. Pág. 37.

²⁰ Tal vez no huelgue subrayar que en estos ejemplos de tradición decimonónica, la que está con su amante siempre es la mujer. En ningún lado se encuentra el ejemplo de la mujer que aparece en la habitación y arremete con intenciones homicidas sobre la *querida* del marido.

consiguiente, nuestra respuesta sería negativa en este punto si la persona casada estuviese, por ejemplo, separada de hecho hace largo tiempo. Si en el ejemplo que damos el juzgador no encontrara éticamente reprobable la conducta, debería detener su análisis en esta etapa.

- b) Capacidad de incitación agresiva: también creemos que existe, para un observador objetivo, esta cualidad en la conducta del ejemplo.

Componentes subjetivos:

- c) Conocimiento de los elementos objetivos de la conducta: no existió porque el agente supuestamente provocador ignoraba tanto la reprobabilidad ética de su conducta²¹ como su capacidad de incitación agresiva, puesto que ni siquiera sabía que la mujer con que mantenía relaciones era casada o tenía concubino.
- d) Previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable: no debe analizarse por faltar el requisito anterior.

Solución:

No existió conducta provocadora. A conserva el derecho a defenderse legítimamente.

2. A mantiene relaciones sexuales con B, sabiendo que B es casada con C, pero creyendo, con error invencible, que aquel ha viajado a Europa y que no volverá por un mes. C entra con su llave al departamento en donde vive con ella, sorprende a los dos amantes y se abalanza sobre A para agredirlo. ¿La conducta de A, fue provocadora?

Componentes objetivos:

- a) Reprobabilidad ética de la conducta: existe al igual que en caso anterior.
- b) Capacidad de incitación agresiva: ídem.

Componentes subjetivos:

- c) Conocimiento de los elementos objetivos de la conducta: existió, porque a diferencia del caso anterior, el amante conocía la reprobabilidad de su conducta y su capacidad para incitar la agresión del marido traicionado.
- d) Previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable: no existió porque el agente supuestamente provocador, es decir, el amante de la mujer, creía por error invencible que el marido no se encontraba ni siquiera en el país. Esto podría darse, en la práctica, en el caso de que el marido haga una puesta en escena, fingiendo que irá de viaje, por ejemplo mostrando a su mujer los pasajes y armando la maleta, etc., para poder sorprenderla en su falta.

Solución:

No existió provocación por defecto de la previsión de la agresión ilegítima debido a error invencible

²¹ A nuestro modo de ver, el examen de este punto debe hacerse siguiendo las costumbres que hayan alcanzado, al menos, un cierto grado de vigencia en el ámbito espacial y temporal de aplicación de la ley penal. Descartamos como guía de juicio la ética trascendente, a pesar de creer en su existencia, puesto que pensamos que ella no tiene por fin el juicio sobre los demás sino la corrección de nuestra propia conducta. También rechazamos, como principio, el criterio que toma en cuenta las costumbres de los agentes intervinientes en el caso concreto, puesto que éstas pueden divergir, y no habría porqué dar preferencia a unas sobre otras. La excepción a este rechazo podría darse en el caso de que las costumbres de todos los intervinientes fueran compartidas, como podría ser el mismo caso de los amantes, cuando el marido y la mujer frecuentaran clubes *swinger* y consintieran que su pareja tuviese relaciones sexuales con terceros.

del supuesto agente de la provocación. El amante conserva su derecho a defenderse de la agresión del marido engañado.

3. *A* hace un comentario que sabe injurioso sobre el difunto *B*, en una charla con *C*, conociendo que *D*, quien era amigo íntimo del difunto, está escuchando la conversación. *D*, efectivamente, reacciona agresivamente contra *A*. ¿La conducta de *A*, fue provocadora?

Componentes objetivos:

- a) Reprobabilidad ética de la conducta: existe en el caso, porque hemos dicho que el comentario era a sabiendas injurioso. Por ejemplo, podría haber dicho que *B* había sido un estafador, cuando en realidad hubiera sido en vida un ejemplo de hombre honesto.
- b) Capacidad de incitación agresiva: Respondemos también afirmativamente en este punto, porque pensamos que injuriar a una persona fallecida en presencia de uno de sus amigos íntimos es conducta adecuada para provocar una reacción agresiva.

Componentes subjetivos:

- c) Conocimiento de los elementos objetivos de la conducta: existió, porque *A* sabía que el comentario era injurioso y no podía dudar de su capacidad de incitar una agresión de un amigo íntimo del injuriado fallecido.
- d) Previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable: también existió en este caso, porque *A* conocía que *D*, amigo íntimo del hombre fallecido que se injuriaba, escuchaba la conversación.

Solución:

La conducta de *A* presenta todos los componentes requeridos para ser tenida como provocadora. Sin embargo, en este análisis falta aún el aspecto de la suficiencia. Pero este punto únicamente podrá ser clarificado al comparar la conducta provocadora con la magnitud de la agresión ilegítima desatada por *D*. Solamente luego de tal examen podremos saber si *A* conserva o no el derecho a defenderse legítimamente, según si su provocación haya sido suficiente o no.

Lo visto en este capítulo, como hemos dicho en el párrafo anterior, solo nos sirve para conocer la existencia en el caso de una conducta provocadora, entendida ésta en un sentido normativo, como paso previo a medir su suficiencia frente a la agresión ilegítima que efectivamente se haya desatado en un caso. Es un paso que algunas teorías soslayan, a nuestro entender, no sin cometer dos errores: el primero es de naturaleza lógica, puesto que no es posible medir la cantidad de una cosa sin conocer antes su cualidad, es decir ¿cómo podemos saber si una cosa es o no suficiente para algo, si no sabemos qué es esa cosa?, y el segundo equívoco nos trae consecuencias diletológicas: si no situamos en una faz objetiva de la conducta los componentes valorativos de ésta, podremos llamar provocación a muy diferentes tipos de conductas, sin discriminar entre las reprobables y las no reprobables. Incluso dentro de las éticamente reprobables hemos puesto un doble cerrojo nosotros, diferenciando entre las que son adecuadas para provocar una agresión ilegítima y las que no lo son. Queremos andar en esto con pies de plomo, porque cuanto menos condiciones exijamos a la conducta provocadora, mayores serán los casos en los que consideraremos que la hubo, con la obligada consecuencia de vedar al supuesto provocador su derecho a defenderse de lo injusto. En el apartado que sigue veremos las consecuencias de teorizar con mayor ligereza sobre la provocación suficiente.

V. SOBRE LA SUFICIENCIA DE LA PROVOCACIÓN

1. Concepto

La suficiencia es una cualidad que puede predicarse de la sustancia provocación, por lo que solo después de haber afirmado la existencia de ésta última es que podemos preguntarnos con validez si ha existido la primera. Por ello es que hemos separado los capítulos que tratan de cada una, rechazando la posibilidad de conceptualizar ambas promiscuamente, lo que puede resultar sin duda en graves confusiones. Por otro lado, el examen de ambas es metodológicamente diferente también: de la conducta se puede decir que es en sí misma provocadora, es decir que lo es en un sentido absoluto; mas de su suficiencia solamente puede hablarse luego de compararla con la agresión ilegítima que la prosiguió, es decir que únicamente puede predicarse la suficiencia en un sentido relativo. Nótese como se olvida esta relatividad en el siguiente fallo:

“Sin ninguna duda, la reacción de Martínez ha sido desmedida e ilegítima igualmente, aún cuando entienda que la provocación ha sido suficiente en el sentido de haber dado ocasión a la respuesta de la víctima. Es decir, ha habido provocación suficiente aunque no sea justificable la “medida” de la reacción de la víctima.” (CrimCorrientes, 18-6-04, “Insaurralde, Alberto”, LLLitoral.)

Como la suficiencia debe medirse con la agresión ilegítima del provocado, nunca es posible afirmar que hubo provocación suficiente y que sin embargo la reacción fue desmedida, porque es un contrasentido lógico. Lo que debió decirse, en todo caso, es que hubo conducta provocadora, pero que ésta no fue suficiente para dar ocasión a la respuesta efectiva del provocado. Otra anotación se hace necesaria al sumario que copiamos: nunca es “justificable” la reacción del provocado, puesto que ella consiste siempre, incluso cuando es suficientemente provocada, en una agresión ilegítima. El único efecto de la provocación suficiente es el de vedar al provocador su permiso a defenderse legítimamente, pero de ninguna manera tornar lícita la agresión del que ha sido provocado. La prueba de esto estriba en que la ley permite a un tercero que no haya participado en la provocación defender al provocador agredido. El criterio correcto, que diferencia la sustancia de la intensidad, puede leerse en el siguiente sumario:

“Según lo dispuesto en el artículo 34, inciso 6° del Código Penal, que no haya provocación suficiente de parte de quien se defiende, no significa que no pueda haber existido “alguna provocación”, y sin embargo subsistir la legítima defensa.” (CCCorr. de Río Tercero, 5-7-95, “L.,B. B. y otros”, LLC 1996-250)

Otro error frecuente consiste en ordenar, dentro de un mismo eje, a la provocación suficiente detrás de la agresión ilegítima, y luego de esto afirmar, como lo hace Fontán Balestra, que: *“La provocación es suficiente cuando en el caso concreto, es adecuada para provocar la agresión, pero no bastante para justificarla.”*²² Porque como hemos visto en nuestro segundo apartado, y como se desprende de la misma ley, la provocación es una conducta diferente a la agresión ilegítima, en su ubicación lógica y temporal, en sus agentes y en sus efectos, por lo que no importa la intensidad que pueda alcanzar la primera, nunca se transmutará por exceso en la segunda. Por propia definición normativa y mediante un simple juicio analítico es posible llegar a ésta conclusión: si una conducta no es agresiva, no importa que grado alcance en su propia naturaleza, nunca podrá dar lugar a una reacción defensiva legítima.

Entonces, ¿qué significa que sea suficiente una provocación? Significa que alcance, dentro de su propia naturaleza, un grado tal que la haga adecuada para desatar en el provocado la reacción ilegítima que efectivamente cometió, desde un punto de vista ético-objetivo y teniendo en cuenta las costumbres vigentes en ámbito espacial y temporal de aplicación de nuestra ley penal. Es cierto que el cálculo aquí se encuentra con una dificultad, que ciertamente tiene su origen en la propia ley: el juez debe, a la vez que calificar de ilegítima una agresión, afirmar que ella misma ha sido suficientemente provocada. La

²² Fontán Balestra, Carlos. 1995. *Derecho Penal, introducción y parte general*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 321. En el mismo lugar dice, quizá más explícitamente que: “cuando la provocación alcanza la cuantía de una agresión ilegítima, es lícito poner contra ella legítima defensa”.

aparente dificultad de índole dikelógica, puede salvarse al examinar la culpabilidad del agente de la agresión ilegítima. Repasemos el ejemplo del hombre que miraba lascivamente a la hija pequeña del otro. Imaginemos que el primero se lanza sobre el provocador y le causa lesiones leves. Estas agresiones fueron ilegítimas, aunque hallan sido suficientemente provocadas, pero nada obsta a que el juez absuelva al padre provocado y agresor, por entender que se encontraba comprendido en una de las causales de exclusión de la culpabilidad. Por esto no debe asociarse con ligereza la ilegitimidad de la agresión provocada con la efectiva imposición de una condena a su agente. Lo indiscutible en este ejemplo es que, si el provocador hubiera reaccionado defendiéndose y causando lesiones al padre provocado, tales acciones no hubieran estado amparadas por la causal de legítima defensa, al haberse viciado tal derecho con la existencia de una provocación suficiente por parte de quien se defiende²³.

2. La tesis de Zaffaroni

Hemos preferido tratar esta teoría en un apartado especial, por su originalidad científica y su enfoque analítico del requisito, y también porque, en general, ha sido bien recibida por la jurisprudencia. Sin embargo, no hubiéramos comenzado a escribir estos ejercicios si no creyéramos que adolece de algunos problemas, y que en ciertos casos su aplicación podría conducir a soluciones poco valiosas.

Por otro lado, ubicamos esta teoría en nuestro capítulo sobre la suficiencia, porque como veremos, Zaffaroni hace descansar sobre el adjetivo suficiente el arquitepe completo de su teoría de la provocación. Así nos dice:

“...la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión, y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando hace previsible la agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad²⁴”.

Zaffaroni no dice de la conducta provocadora sino que debe ser anterior a la agresión y dar motivo a ésta. Luego pasa a la suficiencia. Es decir, no hay ningún componente valorativo de la conducta provocadora en sí misma, sino que solamente se señala su ubicación en el tiempo y se instila una disimulada relación de causalidad entre la provocación y la agresión. El resto de los elementos, como dijimos, se encuentran dentro de la suficiencia de la conducta provocadora. Por esto nos dice que la conducta “se desvalora jurídicamente como suficiente *cuando hace previsible la agresión*”. Ahora bien, como en la teoría que estamos tratando no hay distinción entre faz objetiva y subjetiva, ¿qué significa que la conducta *haga previsible la agresión*?, ¿significa que la *haga previsible* para el agente de la provocación? (Por ejemplo, cuando el provocador puede predecir concretamente la agresión), ¿o significa que la haga previsible, en un examen retroactivo, para el juez? (Por ejemplo, cuando el juez al resolver el caso tiene a la conducta del provocador como adecuada para desatar la agresión que la prosiguió). Nosotros en cambio, para evitarnos esta ambigüedad hemos preferido requerir a la conducta provocadora, primero y en su faz objetiva, su capacidad de incitación agresiva, y después, en su cara subjetiva, la previsión de la agresión como razonablemente probable *para el provocador*. Por ejemplo, si tomamos con la teoría de Zaffaroni el caso del amante que no sabe que la mujer es casada, o que piensa que el marido se encuentra de viaje, ¿Cuál de los dos sentidos de previsión utilizaremos? Puesto que para el juez, puede perfectamente ser previsible que un hombre reaccione violentamente si encuentra a su mujer en el lecho con otro hombre, y al mismo tiempo, para el amante pudo no ser previsible que el marido efectivamente llegara al hogar, o pudo tener relaciones sin saber que la mujer era casada²⁵. No hay entre estas hipótesis la más mínima identidad, puesto que una se refiere a la idoneidad provocadora de la conducta, y la otra a la previsión de la agresión, en el caso concreto, por el agente de la provocación.

²³ Como no es necesario subrayar, la intervención de un tercero en defensa del provocador hubiera sido lícita, siempre que aquel haya sido ajeno a la provocación.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio. 1981. *Tratado de derecho penal, parte general*, TIII. Ediar. Buenos Aires. Pág. 608.

²⁵ Para esto exigimos en nuestro sistema, en el primer inciso de la faz subjetiva, el conocimiento por el agente de la presencia de los componentes objetivos de la conducta provocadora.

La teoría de Zaffaroni reconoce, también dentro de su examen de la suficiencia, un elemento llamado por el autor negativo, que impide tener en cuenta en la previsión, las “*características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia*” y que el mismo autor ilustra con la iracundia, el matonismo, etc. Confrontemos esta exigencia de su teoría con uno de los ejemplos dados por el autor:

“...La mujer que se desnuda en medio de un cuartel puede prever que alguien intentará violarla (...) en ninguno de estos casos los provocadores podrán ampararse en la legítima defensa.²⁶”

Y es que si bien es cierto que la mujer debió haber podido prever que alguien intentaría violarla en el caso concreto, no debería aceptar el juez que era previsible tal reacción de los hombres del cuartel sin tener en cuenta, como dice Zaffaroni, “las características personales antisociales del agresor”. Lo contrario a esto sería afirmar que todos los hombres, y sin que esto constituya una característica antisocial, son potenciales violadores, y que si una mujer se desnuda frente a ellos es previsible que sea víctima de una violación. Pero pongamos más atención al ejemplo: el autor no nos dice que el caso transcurre en una playa nudista, ni en ocasión de un *strip-tease* en un *night club*, sino en un cuartel. Entonces podríamos pensar que nuestra generalización es inadecuada, que no siempre que una mujer se desnude frente a hombres extraños debería ser previsible una agresión sexual, y que la circunstancia es la clave del ejemplo de Zaffaroni. Entonces nos quedan dos opciones: o considerar que lo especial del caso del cuartel es *la impunidad*, es decir, la dificultad de que alguien delate o atestigüe contra el o los violadores, o bien pensar que allí es previsible una violación porque los hombres que lo habitan han soportado un largo período sin conocer mujer. Con lo cual, y siempre respetando el carácter negativo de la suficiencia dentro de la teoría que examinamos -es decir la imposibilidad de tener en cuenta las características antisociales del provocado-, o todos los hombres son potenciales violadores en cualquier situación, o lo serán en condiciones de impunidad, o bien lo serán en los casos de abstención prolongada. Y en cualquiera de estos casos, ninguna mujer que se desvistiera frente a ellos estaría amparada por la justificación de una legítima defensa, si cometiera acción típica sobre la persona de su agresor sexual.

No objetamos solamente las generalizaciones teóricas que pueden extraerse del ejemplo que examinamos, sino sus devastadores efectos jurídicos en la práctica. Como en los casos en que ha concurrido provocación suficiente no es posible la legítima defensa, pero tampoco se torna lícita la agresión ilegítima provocada, resultaría del caso del cuartel lo siguiente: imputación a los militares provocados/agresores de un delito contra la integridad sexual, junto con la imputación, por ejemplo de lesiones leves, a la mujer provocadora/agredida que rasguñó en el rostro a uno de sus violadores, por no ser legítima esta defensa.

La solución, que repugna desde el punto de vista ético y jurídico²⁷, sería sin duda alguna, rechazada por el mismo autor de la teoría que estudiamos, si tuviera que resolver el caso vivo en vez de su sombra de laboratorio. Y es que, como ha dicho un filósofo, cuando un pensador construye una teoría, suele verse inclinado a defender después todos sus productos derivados, incluso aquellos que intuitivamente rechazaría si no fueran el fruto de su propio edificio dialéctico. Zaffaroni eliminó el ejemplo en sus obras posteriores, pero el origen del mismo y su solución se hallan, ahora como antes, en el tratamiento misceláneo de la previsión. Por consiguiente, es necesario diferenciar la previsión de la agresión por parte del provocador, de la reprobabilidad ética y de la capacidad de incitación agresiva de su conducta, que deben evaluarse con anterioridad y en la dimensión objetiva de su estudio, así como también estos elementos deben dissociarse de la suficiencia de la provocación, que solo podrá estudiarse luego de afirmar que normativamente existió conducta provocadora, y siempre en relación con la agresión efectivamente desatada en el caso concreto.

²⁶ Zaffaroni. 1977. *Manual de derecho penal, parte general*. Ediar. Buenos Aires. Los puntos suspensivos en medio de la cita se deben a que en el mismo párrafo el autor enumeraba muchos casos en los que no era procedente la legítima defensa, por haber previsto el provocador la respuesta agresiva del provocado. Como hemos copiado más arriba, en esta previsión del provocador consiste la *desvaloración* de su conducta, sin que Zaffaroni exija que ella misma sea objetivamente reprobable. Otro de los ejemplos de provocación suficiente dados por el autor en el mismo párrafo, es del Martín Fierro, cuando el protagonista dice de la acompañante del negro: “*va cayendo gente al baile*”. Como el mismo autor dice que para evaluar la previsión no deben tenerse en cuenta las características antisociales del provocado, como la iracundia o el matonismo, debemos concluir que cualquier persona que escuchare de su novia tal juego de palabras reaccionaría con agresión de muerte sobre el provocador, y que este ya no podría defenderse legítimamente de aquel ataque. Y como la suficiencia, en la teoría de Zaffaroni, tampoco consiste en una relación objetiva entre la conducta provocadora y la reacción agresiva, sino en la previsión de la agresión, depende exclusivamente del provocado el mal que el provocador deba soportar.

²⁷ Sobre todo teniendo en cuenta la mayor indefensión física de la mujer, la impunidad con que se llevan a cabo los delitos de ésta índole, y ya desde un punto de vista antropológico, que el hombre es algo más que un manojito de pulsiones instintivas.

Para finalizar este capítulo, damos una solución a la que podría llegarse con nuestras herramientas del caso de la mujer que se desnuda en el cuartel:

Componentes objetivos:

- a) Reprobabilidad ética de la conducta: No existe en nuestra opinión, y nos explicaremos brevemente sobre este punto, que quizá pueda ser materia de controversia²⁸. La desnudez en sí misma no tiene nada de ofensivo ni de inmoral, ni aún de pecaminoso. Voltaire se pregunta retóricamente sobre el asunto: “¿Por qué no chocan a nadie las estatuas que están completamente desnudas, ni los retratos de cuerpo entero de la Magdalena y de Jesús, que vemos en algunas iglesias?²⁹”. Y cabe preguntar, ¿no ha vivido en tal estado la humanidad la mayor parte de su historia?, ¿y no pueden encontrarse aún hoy, pueblos en los que se vive de esa manera natural? Mas cuando el padre cubre los ojos de su hijito, para que no vea en la pantalla la imagen de una mujer desnuda, cubre absurdamente los ojos de la inocencia³⁰, confundiendo tal vez con los suyos propios. Pero si olvidamos que tampoco los querubines cometen falta ni sienten vergüenza unos de otros por su desnudez, y hacemos por un momento la concesión de pensar lo contrario, es decir, que es inmoral presentarse con la imagen que hemos recibido de Dios o la naturaleza, solamente podríamos decir en tal caso que únicamente los más pudorosos podrían llamarse víctimas de esa natural exposición del cuerpo humano, pero de ninguna manera lo serían aquellos concupiscentes y violentos hombres, que se han decidido a cometer violación de la mujer, que con su desnudez, parece haberlos ofendido en su *santo pudor*.
- b) Capacidad de incitación agresiva: Aun en caso de afirmar la concurrencia del elemento anterior, la posibilidad de encontrarnos frente a una conducta provocadora debe rechazarse tajantemente en este segundo nivel. La única posibilidad de sostenerlo sería afirmando que las conductas tentadoras son, desde un punto de vista *objetivo y valorativo*, adecuadas para provocar agresiones. Con tal afirmación, y mediante una analogía que suponemos perfectamente válida, sería provocador de agresión, por ejemplo, quien transitara con un coche lujoso por suburbios mal iluminados, quien contara dinero en una esquina, o quien llevara, en tardías caminatas, un rumboso reloj en su muñeca. No habría que desechar tampoco el caso de quien firmare un papel en blanco, que podría considerarse como provocador suficiente de un abuso de firma³¹.

Componentes subjetivos:

- c) Conocimiento de los elementos objetivos de la conducta: sería incorrecta su evaluación porque dichos elementos no estuvieron presentes en la conducta.
- d) Previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable: no interesa en este caso porque la conducta no fue objetivamente provocadora.

Solución:

La conducta de la mujer ni siquiera es *objetivamente* provocadora. Al igual que en el caso de sus componentes subjetivos, no es posible examinar la suficiencia de la conducta, puesto que solo de la

²⁸ Reiteramos que nuestra propuesta solamente consiste en que se exija de toda conducta provocadora que sea en sí misma éticamente reprobable, para evitar casos en donde sea solamente la previsión la que *desvalore* tal conducta. El lector puede disentir, quizá con mejores razones y argumentos, de nuestra opinión sobre cada uno de los puntos que analizamos en este caso.

²⁹ Voltaire. 1995. Diccionario filosófico, T1. Ed. Temas de hoy. Madrid. Pág. 578.

³⁰ Recordar en La Biblia Gn 3 11. Adán no se avergüenza de su desnudez hasta que pierde su ingenuidad.

³¹ Recordemos primeramente la agresión ilegítima no requiere ser agresión física, y que si bien no todas las agresiones ilegítimas son delitos, sí es posible afirmar que el delito del caso es una agresión ilegítima. Lo difícil en el caso que ilustramos es la posibilidad de una defensa, pero podríamos imaginar que la configuraríamos la sustracción del papel ilegítimamente completado, del maletín del defraudador, por parte de quien puso su firma en él. Si en este caso se entendiera que *tentar*, como en el ejemplo de Zaffaroni, es equivalente a provocar, el defraudado no estaría amparado por defensa justa en ocasión de su acto típico de hurto.

conducta provocadora puede afirmarse que es suficiente. Como anotación diremos igualmente que, si aun poniendo el mundo al revés³², hubiéramos llegado hasta este corredor final de nuestro examen, y tuviésemos que evaluar la suficiencia de la conducta, concluiríamos que la conducta provocadora no debería ser considerada suficiente para desatar una agresión tan intensa como una violación, aunque tal vez sí podría serlo para una agresión verbal, como sería el requiebro grosero³³.

³² O los valores, como en el Zarathustra de Nietzsche.

³³ Y esto último solamente *teniendo en cuenta* características antisociales del agresor, porque en nuestra concepción, el hombre que no las tuviere no solamente no violaría, sino que tampoco agrediría verbalmente a la mujer desnuda que tuviera en frente.

VI. DIGRESIÓN SOBRE EL LLAMADO DEBER DE HUÍDA

El objeto de este quinto apartado parece no estar estrictamente comprendido en el título de estos papeles, y por esto pensamos que sería lo apropiado encabezarlo con la palabra digresión. Lo que sucede, empero, es que suele asociárselo con el requisito de la provocación suficiente, según el siguiente razonamiento: si una persona ha sido provocadora de una agresión, no podrá defenderse legítimamente, y por lo tanto no le restará más opción que la de sustraerse de ella, esto es, lo que se ha llamado hasta ahora *huir*.

El llamado *deber de huída* atañe, más certeramente, al requisito de la *necesidad* en la legítima defensa. Las preguntas que sobre él suele hacerse la doctrina son las siguientes: ¿Es siempre exigible la huída a quien es agredido ilegítimamente? ¿Puede el agredido defenderse con justicia, mediante un acto típico, cuando dispone de la inocua vía del escape? Lo que debe distinguirse antes de seguir, es que no se trata de una pregunta sobre la eficacia o ineficacia de la vía de escape en general³⁴, sino de la presencia del requisito de la necesidad, cuando el agredido pudo optar entre huir eficazmente o lesionar al atacante³⁵, y ha elegido lo segundo.

Mas estas preguntas suelen cobrar un especial énfasis en los casos en que el agredido ha provocado la amenaza que se cierne sobre él. Zaffaroni llega así a defender la misma vigencia del requisito de la falta de provocación suficiente, suponiendo que sobre ella descansa aquel otro de la exigibilidad de la huída. Copiamos sus palabras:

“La consecuencia práctica más común de este recaudo legal³⁶ es la exigencia de que quien ha dado lugar al conflicto con su torpeza o intención no quede amparado por una causa de justificación cuando tenga la posibilidad de impedir la agresión o de detenerla mediante la huída o retirada, lo que es de incuestionable valor social³⁷.”

Es decir que, para el autor que citamos, si fuese derogada la provocación suficiente, ella necesariamente se llevaría a su exilio también el deber de huída. Lo ilustra el mismo autor con el ejemplo que transcribimos:

“Un irresponsable arrolla y mata a la mujer que va junto a su marido; éste, descontrolado, emprende una agresión a puñetazos contra el autor del homicidio culposo, quien tiene la posibilidad de evitarlo huyendo. Con la solución legal que se propugna en esos proyectos³⁸ parece que éste actuaría en legítima defensa si, en lugar de huir, evitase o detuviese la agresión mediante un puñetazo que le fracturara el tabique nasal al marido. Nos parece que nunca puede llevarse la defensa de una tesis dogmática hasta el extremo de pretender corregir una ley consagrándola en ella con absoluto olvido de las consecuencias político-criminales de esta actitud³⁹.”

Antes de aplicarnos a demostrar la invalidez del vínculo que se propone, entre la provocación y la huída, debemos señalar algunos detritos en el *ejemplo* del autor, que quizá no perjudiquen por sí mismos el fondo de la idea que intenta ilustrar, pero al menos ensucian su litografía: 1) En primer lugar *no hay autor de homicidio culposo* hasta que no haya sentencia en dicho sentido. Esta no es una objeción formalista, porque en cuestión de accidentes de tránsito muchas veces nos encontramos con casos de responsabilidad concurrente, así que cabría preguntarse si la conclusión del ejemplo vale también cuando la mujer atropellada caminaba distraída, cruzaba por la mitad de la cuadra, etc., como también es necesario cuestionar si todas estas circunstancias pueden ser analizadas objetivamente por el marido furioso antes de lanzarse a golpear al conductor. Más probable sería que en estos casos dudosos el personaje del ejemplo del autor también se abalanzara sobre el automovilista. 2) Se nos dice *“que tiene la posibilidad de evitarlo huyendo”*. ¿Y qué quiere decir esto?, ¿Qué al conductor se le exige huir de la escena del

³⁴ Extrañamente, Jiménez de Asúa confunde el problema con esta disquisición, y así dice, por ejemplo, que si nos ataca un enajenado frenético, puede ser que no deponga su ataque al ver que huimos, y en cambio dejaría de agredirnos un adulto razonable, etc.

³⁵ Por supuesto, cumpliendo los demás requisitos de la defensa legítima.

³⁶ Se refiere al requisito de la falta de provocación suficiente.

³⁷ Zaffaroni, Eugenio. 1981. Tratado de derecho penal, parte general, TIII. Ediar. Buenos Aires. Pág. 613.

³⁸ De derogación del requisito de la falta de provocación. Nótese la asociación indisoluble, en Zaffaroni, entre aquel requisito y el deber de huída.

³⁹ loc. cit.

accidente, donde por deber legal está obligado a quedarse y auxiliar a la víctima?, ¿y si no hubiera en la escena nadie más que la víctima, el marido furioso, y el conductor?, ¿quién pediría el auxilio médico en estos casos⁴⁰?, ¿cómo puede ser lo jurídicamente correcto que el conductor huya de la escena del accidente? En nuestra opinión lo correcto ética y jurídicamente en este caso sería detener los ataques del marido, aun si fuera necesario, *fracturándole el tabique*, como dice el autor, para socorrer a la víctima llamando el auxilio médico⁴¹ y cumpliendo el deber de no abandonar la escena del siniestro, máxime teniendo en cuenta las razones de política criminal, invocadas por el autor.

Pero olvidándonos ahora de su ilustración y volcándonos a sopesar la propia idea que inspira a Zaffaroni, no nos parece que sea sostenida por razón valedera, ya que, como hemos dicho, el deber de huida se relaciona más propiamente con el requisito de la *necesidad* en la legítima defensa. Por consiguiente, la pregunta que figuradamente hace el juez al imputado en este caso es: ¿Era *necesario* el ejercicio de tu defensa, cuando pudiste *huir* de la agresión? Y como puede verse claramente, aquí *no* viene a cuento *en forma directa* el hecho de existir una previa provocación del agredido, sino que se relaciona con el problema de marras, pero de forma consecuente, i. e. si alguien ha provocado suficientemente, por esta sola razón le estará vedado el ejercicio de la legítima defensa, y por consiguiente, no le quedará en los hechos, otra solución lícita que huir. Es decir, la *huída* aquí es el único camino lícito que resta al provocador, por no serle permitido el uso de la fuerza legítima, pero no en la *forma propia* de un deber⁴², ni tampoco por ser el requisito de la falta de provocación, la fuente, ni aun el continente de la mentada obligación.

El llamado deber de huida no es exigible solamente en los casos en que existió provocación, sino en todos aquellos en los que hubiera ausencia de necesidad defensiva, y esto puede verse relso con un ejemplo: “A” es un funcionario público, que obtuvo permiso para portar armas por lo peligroso de su función -podría ser un juez de instrucción-. Se encuentra una mañana en su oficina, cuando le comunican que mucha gente enfurecida lo espera a la salida de su trabajo, por creerlo, con error, cómplice de la impunidad de un abusador de menores. Ahora bien, si este juez saliera de su trabajo como siempre, lo cual es en sí mismo el ejercicio de un derecho constitucional y una acción intrínsecamente irreprochable, sería probablemente atacado por la multitud; frente a la cual, en caso de ponerse las cosas graves, podría no tener otro medio racional de defensa que el de usar su arma de fuego. Si “A” entonces, saliera de su trabajo como siempre, no podríamos decir que hubo provocación, porque su actuar no es en sí mismo reprobable –salir de su oficina, caminar por la vereda–, sino que constituye el ejercicio de un derecho, y no es adecuado para provocar desde un punto de vista ético-objetivo, ni está dirigido a tal fin⁴³. Y sin embargo, sí podríamos decir que faltó el requisito de la necesidad, y que era exigible en tal caso al funcionario en cuestión dar aviso a la policía para que con su presencia evitara, al menos, la agresión física contra él, o también que era una opción exigible la de salir por una puerta de servicio o de emergencia, ocultamente⁴⁴. Es decir, que era requerido a este funcionario el *mal llamado* deber de huida.

¿Y porque hemos puesto ahora tal calificativo al deber que estudiamos? Porque no debería hablarse de un deber de huida sino de *deber de prevención de la agresión*, porque muchas veces al potencial agredido no le es exigible que abandone el lugar donde se encuentra, sino que haga uso de los medios que tenga disponibles para evitar la agresión. Por ejemplo, si un hombre sabe que otro va a ir a visitarlo a su casa con intenciones de agredirlo, le basta con no abrirle la puerta cuando llegue, pero no es necesario que *huya* de su casa. Si sabiendo esto que dijimos, el dueño de casa abriera a su enemigo, y al atacarlo éste aquel se defendiera, el juez no vería ni un resquicio de acto de provocación por el dueño de casa, pero aun podría preguntar “¿Era necesaria tu defensa, es decir, era necesario que abrieras la puerta, sabiendo que este hombre a quien heriste, aun con un medio racional, venía a buscarte para agredirte?”.

⁴⁰ Evidentemente, el autor no solamente se ha olvidado del previo juicio del sospechoso de homicidio, sino también de requerir en primer lugar el resultado típico, es decir, la muerte de la víctima. Si bien esto puede darse en el terreno teórico como presupuesto del caso, no corresponde tener tal resultado de muerte como cierto y conocido por los actores del ejemplo, que siempre tendrían el deber jurídico de llamar una ambulancia.

⁴¹ Con mayor fuerza debería sostenerse esta solución, en los casos en los que el mismo conductor pudiera auxiliar a la víctima, por ser, por ejemplo, paramédico. Aquí se sumaría a los deberes enunciados el de su propia profesión, que lo obligaría no solo ética sino también jurídicamente.

⁴² “La fuga no es un deber, pero el hecho de que sea posible puede constituir un límite al estado de necesidad.” Soler, op. cit. p. 351.

⁴³ *a fortiori* la multitud en nuestro caso, obra como dijimos, con error, porque A no es culpable de nada.

⁴⁴ No por temor, que es vicio, sino con prudencia, que es virtud.

En efecto, *huída* es una palabra que debe reemplazarse por otra que abarque mayor cantidad de situaciones, como sería la de proteger a un tercero de la agresión contra él dirigida sin atacar al agresor, proteger el hogar próximo a ser asaltado, sustraernos a nosotros mismos de la agresión cerrando una puerta con llave, etc.; además de que la palabra *huída* conlleva en nuestra cultura una carga semántica negativa, haciéndola sinónima de un acto cobarde, cuando bien puede querer evitar la agresión aquel valiente que, pese a la conciencia de su mayor fuerza, prefiere retirarse del lugar en que lo han injuriado, para no tener que lastimar al agresor, o incluso podría tratarse de una decisión más pragmática, como la de un boxeador profesional que se retira del lugar en donde lo han insultado, para no tener que defenderse y arriesgarse a perder su habilitación deportiva.

Creemos que estos breves párrafos no son insuficientes para demostrar que la relación entre provocación y deber de *huída* no es más que aparente o al menos secundariamente consecuencial, pero que ha sucedido, como también acontece en las ciencias naturales, que al observarse considerables veces que un fenómeno se presenta con otro de forma simultánea, es muy fácil caer en el error de que una relación de causalidad los liga a ambos, y que ninguno podría ser eliminado sin desaparecer el otro. De esa forma se ha asociado erróneamente el deber de *huída* –mejor dicho, de prevención de la agresión– al requisito de la provocación, porque en los casos en los que hubo provocación, no queda al agredido otra vía lícita que huir o dejarse atacar. Pero tal deber se halla ligado, propiamente, al requisito de la necesidad, y debe evaluarse su exigibilidad no solamente en los casos en los que hubo provocación previa, sino en otros como los que hemos mostrado, por ejemplo el del funcionario que no utiliza una salida de servicio o no da aviso a la policía, o el del sujeto que abre la puerta a su enemigo, sin tener, para hacerlo, ninguna *necesidad*.

Dicho esto sobre la ubicación propia de este deber, nos resta la pregunta sobre sus alcances: ¿Cuándo es exigible el deber de prevención de la agresión? En nuestra opinión, esta pregunta que emula a su par clásica del deber de *huída*, debe invertirse por razones dikelógicas, y enunciarse de esta otra manera ¿Cuándo no es exigible el deber de prevención?, ya que si bien no concebimos a la legítima defensa como un mero permiso del legislador, sino como inderogable derecho natural, toda potestad encuentra su razón en el uso, y su censura en el abuso. Por esto será entonces, solo cuando el hecho de prevenir la agresión cause en el potencial agredido otra forma de mal –como el también clásico deshonor caballeresco⁴⁵–, que *no* le será exigible el deber de prevención de la agresión. Con este sistema, es posible resolver que al funcionario de nuestro caso le era exigible el deber de prevención, no solamente por el daño potencial que podría causar con su único medio de defensa disponible –el arma de fuego–, sino también porque no es deshonoroso prevenirse de la agresión de una multitud enardecida⁴⁶. Si el caso fuera diferente, por ejemplo, si el funcionario supiera que en vez de la multitud lo espera un solo matón, no le sería exigible salir por la puerta de servicio o llamar el auxilio de la policía⁴⁷.

Con la fórmula propuesta también es posible resolver casos de diferente naturaleza, que en algunas obras se agrupan algo caóticamente en la lista de las excepciones, sin nexo común ni enunciación que los una. En efecto, también es exigible el deber de prevención frente al niño y al demente, por no ser deshonoroso evitar su confrontación, como tampoco lo sería, por razón distinta, evitarla con el padre⁴⁸.

Mas en este asunto, y sobretodo cuando señalamos al deshonor caballeresco como el mal que más comúnmente puede ocasionar la prevención de la agresión, y entonces lo presentamos como límite posible de tal deber, no hemos expresado nuestras propias reflexiones éticas sino que hemos querido reflejar una forma de sentir que aun parece instalada en el corazón de los hombres de nuestra cultura, y que por lo tanto no puede ser desoída sin más por los jueces de estos hombres.

⁴⁵ Es preciso incluir este adjetivo que suele olvidarse, porque el significado del honor es mucho más amplio que lo referido por esta especie.

⁴⁶ También puede añadirse que la temeridad es, del valor, un vicio por exceso, así como la cobardía lo era por defecto.

⁴⁷ Por más que esto último sea lo más civilizado y propio de quien ejerce una función pública, cuanto la conducta de tales hombres debe ser ejemplo de prudencia y buen sentido. Pero el funcionario es antes que nada, hombre, y tal vez se le haya inculcado en su formación temprana la noción del honor caballeresco, que tratamos a continuación, por lo que no podría exigírsele con justicia que sin más la borrara de su memoria y sentimiento.

⁴⁸ Antes bien lo deshonoroso sería confrontar con él, y en esto aún más el vencerlo que el ser vencido.

Pero nosotros en lo íntimo pensamos que, así como en la vieja tesis *del deber de defenderse* se sostenía que quien así obraba colaboraba con el Estado⁴⁹, con la nueva teoría del *deber de prevención* -que supone un límite al ejercicio del derecho natural de la defensa-, se sostiene que colabora mejor con la tarea de paz del Estado aquel que, en vez de replicar a una agresión con otra, evita la posibilidad de la primera, siempre y cuando pueda prevenirla con eficacia, y esta prevención no le cause mal alguno, ni aun siquiera en los sentimientos de honor que guarde en las raíces de su educación⁵⁰.

En efecto, el honor caballeresco –puesto que hablamos de esta especie– no hizo su aparición en nuestra cultura sino hasta la edad media europea, y si hemos de creer a Schopenhauer, no lo conocieron ni los griegos ni los romanos:

“Que los antiguos se hallaban libres del todo de este prejuicio nos lo confirman la cantidad de testimonios que se han conservado. Cuando, por ejemplo, un caudillo teutón retó a Marius⁵¹ a un combate singular, este héroe le respondió que si estaba harto de la vida, ‘podía ahorcarse’. No obstante, le ofreció un hábil gladiador por si quería enzarzarse con él. En Plutarco (Temístocles, 11) leemos que el admirante Euribíades, en disputa con Temístocles, alzó el bastón de mando para pegarle; sin embargo, este último no sacó su espada; antes bien, parece que exclamó: ‘¡Pégame pero escúchame!’ (...) Sócrates⁵², en el curso de sus múltiples discusiones, era a menudo objeto de malos tratos, que él encajaba con tranquilidad. Cierta vez alguien le propinó una patada, pero él se lo tomó con paciencia y dijo a quien se maravillaba de su actitud: ‘Entonces, ¿tendría que denunciar a un asno que me hubiese dado una coza?’ (Diógenes Laercio, II, 21). En otra ocasión, cuando le dijeron: ‘¿Te insultan, y no te incomoda?’, su respuesta fue: ‘No; pues lo que dice no tiene que ver conmigo’.⁵³”

Y es que si bien el Derecho debe respetar a la costumbre, máxime cuando esta haya defendido con la fuerza de muchos siglos que el honor caballeresco constituye una virtud, también es cierto que hace suyos los fines elevados de la ley aquel que, pudiendo evitar retribuir el mal con el mal, impide la agresión que pudo prever, protegiendo el bien en peligro o sustrayéndolo de la acción del agresor. Porque al igual que la Pena constituye, para un Estado de derecho, su última ratio para preservar la paz social, del mismo debe entender el colaborador de la paz que su autodefensa será el último recurso de protección, incluso ante las injustas agresiones.

Por estas razones es que consideramos que el deber de prevención de la agresión -que no es sino un estadio elevado del deber de no dañar a nadie-, debe ser exigible como principio, no solo en los casos en los que hubo provocación previa de la agresión, sino en todos los casos, como factor negativo del requisito de necesidad en la legítima defensa. Asimismo, las costumbres propias de quien pudo prevenir deben ser utilizadas para medir la exigencia de este deber, pues solo en su contra pueden valer: a mejor educación, mayor deber de prevención; pues a quien no se le inculcaron de niño los códigos de la violencia, ni los requirió para crecer en su medio pacífico, ninguna razón le asiste para invocarlos en su propia defensa.

⁴⁹ Dice Soler: “El que con su acción evita que suceda lo que la ley no quiere que ocurra, cumple la ley en el sentido más puro, de él puede decirse que es, a un tiempo, súbdito y centinela de la ley a la que obedece en lo más íntimo de su ser, donde ésta ya no tiene poder de coacción.” Y este evita, que subrayamos nosotros, decimos que debe entenderse más ampliamente, para no abarcar tan solo a la defensa legítima sino también al deber de prevención de la agresión.

⁵⁰ Indudablemente, esta ausencia de *mal* debe ser sopesada por el juez en cada caso. Su relación con el honor caballeresco, y la concepción de este mismo honor por el propio agente de la prevención o defensa, son los aspectos que creemos más relevantes para resolver los casos ocurridos en circunstancias normales. Pero en casos especiales deberían ser tomados en cuenta otros factores: por ejemplo, si la agresión próxima a desatarse tuviera lugar entre prisioneros de una unidad penal, sería muy riguroso exigir del agredido el deber de prevención, toda vez que este proceder podría aparejar que dentro de la prisión se considerase cobarde al que se previera de la agresión, con las consecuencias que esto conllevaría.

⁵¹ Marius Galus (156-86 a.C.), general y hombre de Estado.

⁵² Quien, no debemos olvidar, durante la guerra del Peloponeso contra Esparta sirvió como soldado de infantería, demostrando gran valor en las batallas de Potidea (432-430 a.C.), Delio (424 a.C.) y Anfipolis (422 a.C.). Fuente: Microsoft Encarta 2004.

⁵³ Schopenhauer. 2001. *Aforismos sobre el arte de saber vivir*. Ed. Debate. Barcelona. Pág. 99.

VII. ¿Y QUÉ SIGNIFICABA PROVOCAR?

1. Sobre el lugar de la definición

Algún desconcierto parece haber en un trabajo en donde los conceptos primarios no se tratan de definir sino hasta los capítulos finales. Pero una razón justifica esta elección: como definir significa delimitar, es decir, marcar las fronteras precisas de la palabra, mucho debe dejarse fuera cuando se lo hace, y esto que se descarta siempre lo es por alguna razón, la cual no es nunca de buena fe disimular. En el campo de las ciencias sociales, definir nunca es tarea objetiva y ascética, sino que implica necesariamente, elección y valoración.

Por eso nosotros, no ya con limpieza y prolijidad metódicas, sino después de haber manchado nuestro guardapolvo cuando valorábamos y elegíamos, nos preguntamos sin recovecos: ¿Qué es *lo que queremos* que signifique la provocación? Porque lo cierto es que las palabras nada significan por causa de sí mismas, y aunque leamos con admiración *El Cratilo*, ya no podemos sostener que ellas sean los arquetipos de la cosa, sino que sabemos que es verdadero que el hombre es quien elige el alcance de sus palabras. Así por ejemplo, si la palabra ciudadano alguna vez no comprendía en su extensión a las mujeres y a los esclavos, era por causa del hombre y no de la propia palabra, y si también la palabra persona incluye o no al *nasciturus*, no es algo que pueda explorarse en los catálogos y diccionarios, o en las eruditas permutaciones exegéticas, sino que debe elegirse y valorarse: definir es también acto humano, y no puede ser realizado sin olvidar los principios de la ética de la responsabilidad. Por eso es que debemos andar con pies de plomo al definir, y hasta desconfiados tenemos que ser con aquellos estudios que, sin borradores ni ejercicios a la vista, nos presentan ya en sus primeros capítulos la definición de sus conceptos, que más que productos de la voluntad de su autor, parecen revelaciones bajadas del cielo, o al menos, del platónico mundo de las ideas y los arquetipos.

2. Provocar como sinónimo de determinar

Una definición muy repetida por la doctrina es la que hace a la provocación sinónimo de determinación. Quien provoca a otro, según aquella, *determina* su conducta. Entre otros, es utilizada por Jiménez de Asúa, quien cita a Manzini con este párrafo, y le concede después la razón:

“Cuando la persona determinó voluntariamente la causa que la pone en condición de peligro actual, el impulso para la defensa no proviene de la necesidad (que implica condiciones independientes del hecho propio voluntario), sino de su conducta⁵⁴”.

Notemos que se habla de “determinar la causa que la pone en condición de peligro actual”, mas, cuando hablamos de legítima defensa, es preciso recordar siempre que de lo que se *defiende el agente, sea o no provocador, es de una agresión ilegítima, esto es, de una conducta humana*, y que por lo tanto no cabe hablar válidamente de una *causa eficiente* cuyo *efecto* es una conducta humana.

La provocación no es el resorte de un mecanismo cuyo resultado es la conducta del provocado, porque el provocado es siempre libre de *no reaccionar* ante la provocación, es decir, de *no agredir* ilegítimamente. Si la provocación *determinara* la reacción del provocado, a este mero resultado no podría llamársele nunca conducta humana, ni mucho, menos agresión ilegítima.

Con estas consideraciones no venimos, como diría San Agustín, a llenarnos de humo la cabeza, sino que rozamos un tema muy caro, no solamente a la legítima defensa, sino cabalmente a todo el Derecho Penal, esto es, el de la filosofía de la acción humana. Y es que si bien es cierto que se deben tener en cuenta las condiciones y circunstancias que favorecieron una u otra conducta del agente de la agresión, este juicio encontrará su correcta oportunidad al tratar su culpabilidad o la reprobabilidad de sus acciones, empero no puede resultar en la negación misma de su libertad de acción: quien encontrándose frente a un perro furioso y de gran tamaño, lo libera de su cadena, y ese perro lo muerde, entonces sí puede decirse

⁵⁴ Jiménez de Asúa, Luis. 1961. *Tratado de Derecho Penal*, T. IV. Losada. Buenos Aires. Pág. 250.

que “*determinó voluntariamente la causa que lo puso en condición de peligro*”; pero quien provoca a un ser humano, y este ser humano lo agrede ilegítimamente, entonces no puede afirmarse que haya determinado la causa, porque esta causa será conducta, que no provendrá sino de la voluntad del provocado.

Al igual que Jiménez de Asúa, Zaffaroni también sostiene la tesis de la determinación, o al menos eso puede colegirse del siguiente párrafo:

“Ante todo, la conducta debe ser *provocadora*, lo que significa que debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiese ignorado la conducta del agredido, no podrá hablarse de “provocación”, puesto que no habrá sido ella la que habrá provocado la agresión.”⁵⁵

Aquí no solo se vuelve a calificar a la conducta provocadora como *determinante* de la conducta, sino que se refuerza esto con una aclaración: Si el agresor hubiese ignorado la conducta del agredido, no podrá hablarse de “provocación”. No obstante, si leemos esta última proposición con algún recaudo lógico, nos damos cuenta de que si bien es verdadera por sí misma, de ninguna manera contribuye como premisa a la validez de la primera afirmación de Zaffaroni. En efecto, que sea necesario que el provocado haya conocido la conducta del provocador no significa que sea la provocación la que determina la conducta del provocado. La provocación es solo una *condición necesaria* de la reacción del provocado, pero no es ciertamente su *causa eficiente*.

Quien provoca, ni causa ni determina, ¿o cómo podríamos sino conciliar esta afirmación de Zaffaroni con sus propias ilustraciones?, ¿es que los hombres del ejemplo del cuartel estaban *determinados* a abusar de la mujer que se desnudó frente a ellos?, ¿o es que les sucedía como al perro furioso de nuestro ejemplo, a quienes la mujer, al desnudarse, les desató del pescuezo la cadena?

La elección del verbo *determinar*, en vez de, por ejemplo, *incitar o motivar*, obedece a ciertas predilecciones filosóficas y políticas, antes que a una decisión meramente semántica: Si alguien *determina*, ese alguien carga mayor responsabilidad que quien *incita o motiva*, y si alguien es *determinado*, entonces su responsabilidad se esfuma frente a la del que obró incitado o motivado. Las consecuencias jurídicas de colar este verbo inocente en una definición son evidentes: mayor responsabilidad para el *provocador*, mayor indulgencia para el *provocado agresor*, menor posibilidad de ejercicio de la legítima defensa.

Esta elección semántica tampoco tiene asidero en el diccionario de nuestra lengua, puesto que entre las ocho acepciones que posee la palabra “provocar”, figura tres veces el verbo *incitar*, y una vez *inducir*, junto con *facilitar*, *estimular* y otros similares, pero en ninguna de las acepciones aparece la palabra *determinar*.

La elección, como dijimos, no obedece sino a una particular concepción filosófica de la acción humana, precisamente, *determinista*, según la cual el hombre no es libre de querer lo que quiere, sino que a ello se ve compelido por la circunstancia que lo atraviesa y que, finalmente, lo compone. Según esta posición, no será verdadera la repetida sentencia de Ortega, “yo soy yo y mi circunstancia”⁵⁶, sino que la circunstancia lo inundará todo, y el hombre podrá decir “yo soy solamente mi circunstancia, y por ello, de lo que hago, será la circunstancia responsable”. Mas estas posiciones deterministas acabarían de raíz con cualquier fundamento final del ordenamiento jurídico penal, y no solamente deberían anular dentro de su propia lógica la responsabilidad del provocado, sino también la del provocador, que también se halla en una circunstancia, junto con la cancelación de la libertad de pensamiento de los propios sostenedores del determinismo.

Mas, si se prefiere una explicación lingüística de todo este asunto, donde la confusión de los verbos sería menos reprochable, podemos hallarla en un esmerado ensayo de nuestra lengua:

“*Provocar*, por influencia del inglés, se hace equivaler a veces a *causar*. “le provocó una herida”, en lugar de “le causó una herida”. *Provocar* implica una acción que acarrea o incita a otra acción. *Causar* supone simplemente una acción, que alguien o algo recibe de manera pasiva. Se ve mejor la diferencia en los sustantivos: causa y provocación; la causa necesita solo una acción; la provocación precisa una, pero pretende dos”⁵⁷.

⁵⁵ Zaffaroni, tratado de derecho penal, parte general t.III, ed. Ediar, 1981. Pág. 606.

⁵⁶ ¿Vendrá a cuento señalar que siempre se olvida el final del aforismo? “y si no la salvo a ella, no me salvo yo”.

⁵⁷ Grijelmo, Álex. 2001. *Defensa apasionada del idioma español*. Grupo Santillana de Ediciones, Madrid. Pág. 110.

El párrafo pertenece a una obra sobre la corrupción de nuestro idioma, y sin embargo, bien podría haber sido extraído de una monografía sobre la legítima defensa. Como dice el autor, la provocación pretende dos acciones, y son también dos acciones y dos voluntades las necesarias para que el provocador se vea frente a esa “condición de peligro actual” de la que habla Jiménez de Asúa.

Como se ha visto más arriba, no nos asisten solo estos pruritos filológicos. Sino que se trata de usar las palabras con cautela: porque si se dice que un hombre obró *determinado*, ¿qué culpa podría encontrarse en ese hombre?, y si se dice también que fue el provocador quien lo determinó, ¿qué derecho a defenderse podría reconocerse a ese que a su antojo dirige las acciones de otros hombres, azuzándolos como a perros, o desatándolos como a bestias concupiscentes?

El mayor problema de las teorías de la determinación no estriba en su falsedad filosófica, sino en sus consecuencias políticas y jurídicas. La provocación solo es una de las circunstancias que incitan la conducta del provocado, pero ni es la única ni la final. Otras serán el carácter, la educación, las costumbres del provocado, su irritabilidad, su disposición anímica en el momento de la provocación, sus prioridades en ese momento⁵⁸, etc., y aunque la provocación fuera toda esta infinitud de circunstancias sumadas cabalmente, entonces todavía podríamos decir: Aun resta el hombre y su voluntad. Porque ni siquiera todas las circunstancias que atraviesan a un hombre en un instante determinado, son ese hombre. No se ayuda al hombre despojándolo de su libertad.

3. Una definición ostensiva

La definición ostensiva consiste en señalar con un manojo de ejemplos aquello que se define, en vez de hacerlo presentando sus palabras descriptivas. En el caso de nuestro requisito, alguna tradición comenzada por el maestro Carrara suele arreglárselas con una definición teórica poco acabada, que luego se revoca con esta enumeración de ejemplos en los que se afirma la presencia de la provocación.

El estilo aforístico de Carrara no carece de belleza. Sus sentencias siempre se encuentran bien compuestas, y muchos de sus párrafos están escritos admirablemente. Mas no debe confundirse la imitación de su estilo con la de su método, ineluctablemente propio de su siglo. Carrara señala, como ejemplo de provocación, el ya obligado caso del amante, junto con el ladrón sorprendido y el retador a duelo, diciendo que lo ausente en todos ellos es “*el requisito de la injusticia*” de la agresión. Empero, como lo sabe ya la doctrina y lo dice nuestro mismo Código, la provocación no tiene por efecto legitimar la reacción agresiva del provocado, sino que simplemente veda el ejercicio defensivo legítimo por parte del provocador, por lo que, en la agresión del provocado, sigue estando presente aquella “*injusticia*” de la que habla Carrara. Lo curioso también, es que mezcle junto al amante y al retador, al ladrón sorprendido con la *res furtiva*, cuando en este caso la solución correcta parecería ser la de una verdadera legítima defensa por parte del dueño de la cosa, máxime cuando, como en el ejemplo de Carrara, el dueño de casa encontrase al ladrón dentro de ella⁵⁹.

Sobre el caso del amante, utilizado hasta el cansancio por la doctrina del requisito, tampoco suele hacerse más que repetírselo y sostener una posición en favor o en contra de la presencia de la provocación, sin diferenciar cuestiones tales como el conocimiento del estado civil de la mujer por parte del amante, la planificación o no de la sorpresa por parte del marido, la separación o no de hecho de los cónyuges, la tolerancia o no de infidelidades anteriores, etc., ni distinguirlo tampoco de un caso análogo donde no hay matrimonio sino concubinato, ni mucho menos arriesgarse a tratar el caso de un simple noviazgo. Sea cuales fueran las soluciones de los autores para todas estas diferentes circunstancias, lo cierto es que ellas no pueden colegirse de la mera afirmación de provocación para el caso arquetípico del amante sorprendido. Y decimos *arquetípico*, recordando otra vez a Platón, porque parecería ser que para los autores existe un caso *ideal* del amante sorprendido, del cual los casos concretos y particulares no son

⁵⁸ Es previsible que no tendría el mismo resultado una misma acción provocadora frente a un hombre al que acaban de despedir de su trabajo que frente al mismo hombre el día del casamiento de su hijo. Tampoco daría lo mismo insultar al conductor ocioso que al que lleva su mujer parturienta al hospital, cuando lo más probable sea que este ni siquiera preste atención al insulto, etc.

⁵⁹ Como hemos distinguido en los primeros capítulos, la acción inicial del ladrón no puede ser al mismo tiempo agresión y provocación, sino que únicamente puede ser lógica y normativamente una de ellas, y siendo la primera, nada obstaría para que el dueño de casa ejerciera una legítima defensa de su propiedad.

más que sus reflejos terrenos, que no pueden divergir mucho de aquel, y para los cuales será siempre adecuada aquella solución que lo era para la *idea* o el *arquetipo*.

La definición ostensiva puede resultar útil en una introducción a los conceptos, como lo demuestra el que sea casi la única forma posible de explicar a los niños el *significado* de una palabra. Pero a cambio de esta ductilidad, nos cobra el impuesto de la precisión, véase por ejemplo: si para explicarnos el concepto de *ave*, se nos dice ostensivamente que lo son la paloma, el búho y el halcón, podríamos entender que aquello que los hace integrantes de tal categoría es el hecho de ser ovíparos, con el desastroso resultado de señalar más tarde como ave al ornitorrinco. Y si en cambio comprendiéramos de los ejemplos, que lo que hace *aves* a la paloma, al búho y al halcón es su facultad de volar, llegaríamos también al error inevitable de llamar ave al murciélago, y excluir de tal categoría a la gallina.

El problema con los ejemplos, es que no nos dejan un concepto inteligible y separable de ellos, no nos permiten encontrar eso que Aristóteles llamaba *lo propio*, es decir la cualidad esencial de la cosa, eso que la hace ser lo que es, es decir, aquello que debe estar presente para que un ave sea un ave, y una provocación una provocación.

Por esto es que la definición del requisito debe ser necesariamente teórica, es decir, en primer lugar creada por la ciencia del derecho, ya lo sea legal o dogmáticamente, y en segundo lugar debe ser abstracta, señalando las cualidades esenciales de la cosa provocación, y separándola de sus accidentes, esto es, de aquellas cualidades secundarias que pueden estar ausentes sin que la provocación deje de ser lo que es. De otra manera, no habrá forma de distinguir entre diez casos muy diferentes de amantes sorprendidos, y a todos se les aplicará la misma monocroma solución, porque los conceptos son aquellas herramientas que, como lentes, se interponen entre nuestros ojos y el mundo, y cuantos más oscuras sean aquellas peor veremos a este último. La tarea de todo científico no es solamente la de observar los fenómenos, sino también la de pulir incansablemente sus utensilios de trabajo, y la infinita multiplicidad de los conflictos humanos posibles nos exige para resolverlos, ciertamente algo más que el canto tallado de las definiciones ostensivas.

4. La definición normativa

Ordenados todos los elementos que hemos considerado integradores de la provocación suficiente en nuestro esbozo teórico, tendremos por resultado la siguiente definición:

Provocación es toda conducta intrínsecamente reprobable, adecuada para incitar una respuesta agresiva ilegítima, cuya reprobabilidad puede conocer el agente provocador y cuya réplica puede prever como razonablemente probable.

La *suficiencia* por su parte, no puede estar ligada solamente al sujeto del requisito, ni puede incluirse en su definición, puesto que solo puede apreciarse *con relación* a la agresión ilegítima efectivamente desatada. Como hemos dicho, de ninguna cosa puede decirse que sea suficiente o insuficiente sino se define primero: a) que es esa cosa y b) con relación a que cosa debe ser suficiente. Por eso consideramos errónea la definición de Zaffaroni que relaciona la reprobabilidad de la conducta (“se desvalora...”) con la suficiencia (“...como suficiente...”) y con la previsión de la reacción (“cuando hace previsible la agresión”). No es difícil apreciar la invalidez de una definición como la anterior, cuando, manteniendo la estructura lógica del razonamiento, se suplantán sus términos por otros más sencillos: Así, si se quiere proponer una fórmula para descubrir cuando *hay comida suficiente*, debe tenerse claro en primer lugar qué cosa es la comida, sin que tenga esta indagación ninguna relación con la suficiencia de la misma, puesto que una comida no deja de serlo por ser insuficiente, mientras que esta suficiencia no puede apreciarse sino en relación a la cantidad de comensales (agresión ilegítima), sin que este dato objetivo guarde ninguna relación con la previsión que de su comida ha podido hacer el cocinero (la comida es suficiente o no lo es, en relación al número de invitados, haya previsto el cocinero que sobraría o que no alcanzaría). Es decir, una cuestión es la naturaleza misma de la cosa (provocación, comida), otra es la suficiencia de esa cosa con relación a algo (agresión, comensales), y otra diferente es la previsión de su suficiencia realizada por el agente (provocador o cocinero). Finalmente podemos anotar que las acciones son intrínsecamente reprobables o no lo son, y por esto no se “desvaloran” solo cuando hacen previsible su resultado. Estos razonamientos sencillos, deberían mantener su validez, al menos, hasta que se quiera fundar una ética más voluble, basada en meros cálculos y previsiones de las acciones de los hombres.

VIII. CONCLUSIONES

En cada uno de los apartados que desarrollamos hemos dejado apuntada nuestra opinión, por lo que este último capítulo únicamente pretende ser un epílogo sintético de aquellas anotaciones:

- 1) Debe ponerse atención en las diferencias entre la agresión ilegítima y la provocación, porque son conductas desarrolladas por agentes diferentes, cuyas consecuencias jurídicas también difieren. *A fortiori*, integran entre sí una relación normativa dialéctica, por lo que su confusión conlleva la parálisis de la resolución de cualquier caso. Si el juez no decide primeramente si la acción conflictiva original fue agresiva o provocadora, no tendrá manera de calificar las acciones que la sucedieron, y estas calificaciones no pueden hacerse sin respetar los órdenes lógicos y temporales del razonamiento, es decir, no pueden hacerse válidamente a la inversa del orden del instituto.
- 2) Son diferentes los casos de provocación a los de pretexto de legítima defensa. Para este último caso propusimos un nuevo concepto, cual es el de *provocación ultraintencional*. Este supuesto incluiría todas aquellas situaciones en las que el provocador ha planeado responder agresivamente frente a la reacción del provocado, es decir, su intención ha ido más allá (ultra) de la mera provocación. Lo consideramos algo más conveniente que el de pretexto de legítima defensa, porque incluiría, por ejemplo, los casos en los que se reta a duelo o pelea, y también todos aquellos en los que el provocador ultraintencional no planeó específicamente simular o ampararse en una legítima defensa. Esto con mayor razón cuanto en estas situaciones, la consecuencia de vedarle al provocador su defensa legítima no proviene de tal simulación o pretexto, sino propiamente de la ausencia del requisito de su necesidad defensiva.
- 3) Consideramos posible la conducta provocadora culposa, siempre que cumpla los requisitos que conforman la teoría analítica de la provocación. Estos son, en la faz objetiva: reprobabilidad ética intrínseca de la conducta y capacidad de incitación agresiva. La cara subjetiva se compone de: conciencia de los elementos objetivos de la conducta por parte del agente y previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable. Como se advierte los requisitos son los mismos que para la provocación dolosa, y las diferencias solo pueden encontrarse en el contenido del último de sus requisitos: para ambos tipos de provocación lo que se exige como base es la previsión de la agresión ilegítima como razonablemente probable. En los casos en los que la agresión sea prevista como cierta, o sea directamente buscada por el agente, estaremos frente a una provocación dolosa. Entre las dos especies de provocación no hay ninguna diferencia de sus consecuencias jurídicas.
- 4) La suficiencia de la provocación no puede ser tratada en la misma unidad conceptual que la misma provocación a la que adjetiva, puesto que se trata de una cualidad estrictamente *relativa* de aquella, es decir, que solamente podrá ser medida *en relación* a la agresión ilegítima efectivamente desatada. En nada se relaciona la suficiencia de la provocación con las previsiones del agente de la provocación, ni tampoco con la reprobabilidad intrínseca de la conducta, que debe ser analizada antes y en su faz objetiva, porque el agente *puede prever* que a su conducta irreprochable se contestará con una agresión, y esto no tendría porque volver reprobable su conducta, ni menos traerle consecuencias tan graves como la de vedar a su agente el ejercicio de una legítima defensa.
- 5) El deber de huida se relaciona con el requisito de la necesidad de la defensa, y no directamente con el de la provocación suficiente. Si este último requisito fuera derogado, el deber de huida sería exigible igualmente en todos los casos en los que no hubiera existido necesidad defensiva. Nosotros propusimos cambiar el nombre de este deber mal ponderado, por aquel otro de *deber de prevención de la agresión*, en el que la carga semántica se vuelve positiva, y se aprecia mejor el sentido de esta obligación. También señalamos que debe constituir la regla antes que la excepción, y que, en los casos en los que el agente pudo prever o sustraerse de la agresión, el ejercicio de la defensa legítima mediante lesión al agresor solo debe permitirse cuando aquella prevención o sustracción le hubiera causado al agredido otra forma de mal.

- 6) En cuanto al significado mismo del requisito, negamos en primer lugar que *provocar* se tratase de un sinónimo de *determinar*. Consideramos que tal versión no se debía a un equívoco lingüístico, porque el diccionario no daba ocasión a ello, sino que respondía a una particular concepción filosófica de la voluntad humana. En cuanto a la definición ostensiva, la llamamos insuficiente y poco apropiada para el método científico que también debería seguir el Derecho. En este último apartado sostuvimos que la definición del requisito debe ser teórica, lo que en derecho suele llamarse *normativa*, y ordenamos así nuestra propia definición, que contempla los cuatro elementos de la teoría analítica del requisito: Provocación es toda conducta intrínsecamente reprochable, adecuada para incitar una respuesta agresiva ilegítima, cuya reprochabilidad puede conocer el agente provocador y cuya réplica puede prever como razonablemente probable.

No nos resta más, al terminar estos papeles de bisoño, que pedir la disculpa del paciente lector por nuestros incontables errores, y recordarnos también a nosotros mismos, aquellas bellas palabras de Goethe:

“gris, caro amigo, es toda teoría, y verde el árbol áureo de la vida”.

BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Código Penal del Dr. Sebastián Soler. 1960. Edición oficial del Ministerio de educación y justicia de la Nación. Buenos Aires.

Bacigalupo, Enrique. 1999. *Derecho Penal, parte general*. 2da ed. Hammurabi. Buenos Aires.

Código Penal Comentado y Anotado, parte general, dirigido por Andrés J. D'aleccio. 2005. La Ley. Buenos Aires.

Donna, Edgardo Alberto. 2003. *Teoría del delito y de la pena* T. I y II. Astrea. Buenos Aires.

Enciclopedia Jurídica Ameba. T. III y XVIII. 1991. Driskill. Buenos Aires.

Fontán Balestra, Carlos. 1995. *Derecho Penal, introducción y parte general*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

Jescheck, Hans. 1993. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Comares. Granada.

Jiménez de Asúa, Luis. 1961. *Tratado de Derecho Penal*, T. III y IV. Losada. Buenos Aires.

Luzón Peña, Diego M. 2006. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Ed. B de F. Buenos Aires.

Maurach – Zipf. 1994. *Derecho Penal parte General*, T.I. Astrea. Buenos Aires.

Nino, Carlos Santiago. 1980. *Los límites de la responsabilidad penal*. Astrea. Buenos Aires.

Nino, Carlos Santiago. 1982. *La legítima defensa*. Astrea. Buenos Aires.

Nino, Carlos Santiago. 1984. *Introducción al análisis del derecho*. Astrea. Buenos Aires.

Nino, Carlos Santiago. 1991. "La huída frente a las penas". En: revista *No hay derecho*. Año 2, número 4.

Rongo, Guillermo. 2003. *El concepto de agresión ilegítima en la legítima defensa*. Fabián Di Plácido editor. Buenos Aires.

Segundo Rúa, Gonzalo. 2006. "Ámbito del exceso en la legítima defensa". En: *La ley noroeste*. Año 10, número 5.

Sisco, Luis P. 1949. *La defensa justa*. Librería El Ateneo editorial.

Soler, Sebastián. 1978. *Derecho Penal Argentino* T.I. Tea. Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio. 1977. *Manual de derecho penal, parte general*. Ediar. Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio. 1981. *Tratado de derecho penal, parte general*, T.III. Ediar, Buenos

