

LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

THE LACK OF SUFFICIENT PROVOCATION IN SELF-DEFENSE.

STEPHEN KENDALL CRAIG*

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo exponer sobre el significado y alcance del requisito de “falta de provocación suficiente” exigido por el art. 10 N° 4 del Código Penal para reconocer la causa de justificación de legítima defensa. Para ello, partiremos por analizar el concepto de provocación, sus requisitos, orígenes históricos y las distintas teorías que ha formulado la dogmática penal sobre cuándo debe entenderse que es suficiente. Luego se indicarán los distintos tipos de provocación en su aspecto subjetivo.

Palabras Claves

Legítima defensa, provocación suficiente, agresión ilegítima, provocador.

Abstract

This work exposes the meaning and scope of the requirement of “lack of sufficient provocation” required by article 10 N ° 4 of the Penal Code to recognize the cause of justification of Self-Defense. For this, we will

Artículo recibido para su evaluación el 15 de junio de 2021, y aprobado para su publicación el 22 de julio de 2021.

*Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Tarapacá. Magíster en Derecho Universidad de Antofagasta. Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Valparaíso. Email: stephen.kendall@dpp.cl

start by analyzing the concept of provocation, its requirements, historical origins, and the different theories that criminal dogmatics have formulated about when it should be understood that it is enough. Then the different types of provocation will be indicated in their subjective aspect.

Keywords

Self-Defense, provocation sufficient, illegitimate attack, provocator.

I. INTRODUCCIÓN.

En nuestro derecho el reconocimiento de la causa de justificación de legítima defensa propia se encuentra condicionada a que la agresión ilegítima no haya sido suficientemente provocada por parte de quien se defiende, según reza la circunstancia tercera del art. 10 N° 4 del CP. La ley no reconoce la defensa con pleno efecto eximente a quien provoca suficientemente el ataque. Respecto a la defensa de próximos parientes y extraños, el legislador exige que el defensor no haya participado en la provocación, conforme disponen los números 5 y 6 del art. 10 CP. Según Zaffaroni, se trataría de un elemento negativo del tipo permisivo¹. Se trata de un requisito inesencial o accidental, pues en caso de no concurrir, la defensa no queda cubierta por la justificante, siendo antijurídica y punible, pero debe reconocerse en favor del agredido provocador la atenuante de eximente incompleta conforme al art. 11 N° 1 y 73 del CP, dado que existe un menor grado de injusto en su conducta. Sin embargo, en la doctrina no existe acuerdo sobre el alcance de este requisito.

II. CONCEPTO.

Nuestro Código no define lo que se entiende por provocación, por lo cual es necesario remitirse a las definiciones elaboradas por la doctrina. Tradicionalmente ha sido definida como “irritar o estimular a uno, con palabras o actos, para que se enoje”². Para otros, provocar es “todo comportamiento

1 ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1985. p. 492.

2 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, tomo IV. Losada, Buenos Aires, 1982, tercera edición. p. 236; COUSIÑO, Luis: *Derecho penal chileno*, tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. p. 287.

que haya tenido alguna influencia en el desencadenamiento de la agresión ilegítima del provocado”³. Para Zaffaroni, Aliaga y Slokar, la provocación es una conducta anterior a la agresión, jurídicamente desvalorada y que opera como motivo determinante de la agresión antijurídica⁴. Para Roxin, la provocación es una conducta previa antijurídica, que menoscaba de modo antijurídico un bien jurídico del lesionado, que guarda una estrecha conexión temporal y adecuada proporción con la agresión que provoca⁵.

Entre nuestros penalistas, Etcheberry define provocación como “ejecutar una acción de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir al que la realiza. Para Náquira, la provocación es “toda acción u omisión voluntaria que, desde la perspectiva de un hombre medio y conforme a los patrones ético-sociales imperantes, aparezca como objetivamente idónea para molestar irritar o enfadar a una persona y, eventualmente, motivarla a protagonizar una agresión”⁶. Según Novoa, la provocación importa una acción positiva que tiende a la lesión de un derecho, puede estar constituida por cualquier palabra, inflexión de voz, gesto o hecho que irrite a otro⁷.

Especial debate hay en doctrina sobre si la provocación debe constituir una conducta antijurídica o no, existen tres posturas al respecto. La primera sostiene que basta una conducta ético-socialmente reproble⁸, posición criticada por su inseguridad jurídica dentro de una sociedad pluralista⁹. La segunda posición, mayoritaria, sostiene que debe tratarse de una conducta

3 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Consideración especial a las restricciones ético-sociales. Comares, Granada, 1999. p. 450.

4 ZAFFARONI, Eugenio; ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Ediar, Buenos Aires, 2007, segunda edición. pp. 488 y 489.

5 ROXIN, Claus: *Derecho penal*, Parte general, tomo I. Civitas, Madrid, 2006. (trad. Diego Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remensal). p. 644.

6 NÁQUIRA, Jaime: *Derecho penal*. Teoría del delito. Mac Graw Hill, Santiago. 1998. p. 236.

7 NOVOA, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno*, Parte general, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, novena edición. p. 348.

8 En este sentido: STRATENWERTH, Günther: *Derecho penal*, Parte general. Depalma, Buenos Aires, 2016 (trad. Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti). p. 237.

9 LOOS, Fritz: “Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación”. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, cuarto año, edición 5/2009, (trad. Ezequiel Malarino). p. 264. Disponible en internet: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_320.pdf (última consulta 06/05/2019).

antijurídica¹⁰. La tercera postura, ecléctica, sostiene que puede consistir en una conducta ético socialmente reprochable, pero que se equipare valorativamente en gravedad a una conducta antijurídica¹¹.

La doctrina es unánime en sostener que no constituye provocación la conducta lícita o permitida, aun cuando su autor sepa que con ella puede inducir a otro a que lo agrede y así lo quiera, conservando en este caso plenamente su derecho a oponer legítima defensa contra dicha reacción agresiva¹².

De todo lo anterior se desprende que los elementos que conforman la provocación son: a) Una acción u omisión voluntaria, esto es, imputable a título de dolo o culpa; b) Antijurídica, es decir desvalorada por el Derecho; c) Desplegada por el futuro defensor; d) Que sea capaz de hacer que el provocado agrede ilegítimamente al provocador; e) Implícito en lo anterior se encuentra la circunstancia que el acto provocador sea conocido por el provocado; f). Debe ser inmediatamente anterior a la agresión, es decir, ligadas con estrecha relación temporal, sin solución de continuidad.

III. ORÍGENES HISTÓRICOS.

El requisito de falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende aparece por primera vez en el Código Penal español de 1848. El Código hispano anterior de 1822 no lo contemplaba, como tampoco otros Códigos penales europeos decimonónicos como el francés de 1810 o el bávaro de 1813. Consta en las actas de la sexta sesión de la Comisión Redactora, que respecto de la legítima defensa propia y de extraños, nuestro

10 En este sentido: JAKOBS, Günther: *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, Madrid, 1995, (trad. Joaquín Cuello y José Luis González de Murillo). p. 487; ROXIN, Claus, op. cit., p. 644; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz: *Derecho penal*, Parte general, tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1994, (trad. Jorge Bofill y Enrique Aimone). p. 457; IGLESIAS, Miguel, op. cit., p. 477; ZAFFARONI, ALIAGA, SLOKAR, op. cit., pp. 488-489; ZILIO, Jacson: *Legítima defensa*. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del Derecho penal. Didot, Buenos Aires, 2012. p. 291; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español*, Parte general, tomo II. Tecnos, Madrid, 1997, quinta edición. p. 228; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal*, Parte general. Reppetor, Barcelona, 2016, décima edición. p. 456.

11 LOOS, Fritz, op. cit., p. 259.

12 En este sentido: ROXIN, ob. cit., p. 640; LUZÓN, Diego: *Lecciones de Derecho penal*, Parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, tercera edición. p. 421; HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian: *Derecho penal*, Parte general. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, (trad. De Leandro Dias y Marcelo Sancinetti). p. 99; JAKOBS, Günther, op. cit., p. 488.

legislador adoptó, en idénticos términos, del art. 8 del Código español de 1848¹³. La falta de provocación suficiente se encuentra igualmente presente en otros Códigos hispanoamericanos que tomaron como fuente el modelo español¹⁴. En la madre patria el requisito se mantuvo sin variaciones en todos los Códigos penales que sucedieron al de 1848, a saber, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y el actual de 1995.

Sin embargo, históricamente su origen se encuentra en la obra de los postglosadores y prácticos italianos, quienes tras recepcionar del Derecho canónico la cláusula *moderamen inculpae tutelae* inician una línea de interpretación restrictiva de la legítima defensa, la que se acentúa progresivamente hasta el siglo de las luces. Destacan aquí los aportes de Ángelo Aretino, Alberto Gandino y Julio Claro. De esta manera, la fórmula canónica se concreta en un esquema tripartito: *moderamen circa tempus* (la defensa debe ser contemporánea a la agresión), *moderamen circa modum* (proporcionalidad en los medios) y *moderamen circa causa* (la defensa no debe obedecer a un acto de venganza). El exceso en cualquiera de estos requisitos debía sancionarse con pena atenuada¹⁵.

Para los postglosadores italianos incumplía el requisito de *moderamen circa causa* el *auctor rixae* o *auctor pugnae* (el autor de la riña o pelea), existiendo entonces un exceso en la causa. No se excusa de pena a quien ha condicionado la agresión intencionadamente (*ut offenderatur*), dado que queda deslegitimado en la causa, conforme al principio *versari in re*

13 DE RIVACOBBA, Manuel: *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1974. pp. 253 y 254.

14 Código penal argentino art. 34 N° 6 letra c); CP peruano art. 20 N° 3 letra c); CP uruguayo art. 26 c); CP ecuatoriano art. 33 N° 3; CP venezolano art. 65 N° 3.3; CP panameño art. 32 N° 3; CP salvadoreño art. 27 N° 2 c); CP nicaragüense art. 28 N° 4 c); CP guatemalteco art. 24 N° 1 c); CP Federal mexicano art. 15 IV; CP cubano art. 21.2; CP puertorriqueño art. 25. Por el contrario, no contemplan el requisito de falta de provocación suficiente los Códigos penales de Bolivia art. 11 N° 1; Paraguay art. 19; Costa Rica art. 28; Colombia art. 32 N° 6 y Brasil art. 25, con la salvedad que este último fue colonia portuguesa. Cabe señalar que otro país de habla hispana –ex colonia de española– que también exige la falta de provocación suficiente como requisito de la legítima defensa es la República de Guinea Ecuatorial, toda vez que en dicho país africano aún sigue vigente el Código penal español de 1944 con las modificaciones introducidas hasta 1968, año en que obtuvo su independencia de España (art. 8 N° 4 circunstancia tercera).

15 IGLESIAS, Miguel: *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos, Burgos, 1999. p. 62.

*illicita*¹⁶. Según este principio, originado en el Derecho canónico medieval¹⁷, quien realiza un acto ilícito debe responder de todas las consecuencias derivadas de este, aunque no fueran queridas, ni previstas, ni previsibles por él. La máxima completa reza: “*versari in re illicita imputatur omnia quae secuntur ex delicto*” o bien “*qui versatur in re illicita repondit etiam pro casu*”, se trata entonces de un criterio de responsabilidad objetiva¹⁸. En consecuencia, quien provocaba la agresión debía responder penalmente de todas las consecuencias derivadas de ella, fueran queridas o no, no pudiendo ampararse en la legítima defensa.

Más tarde, ya durante el siglo XIX, la exigencia de ausencia de provocación aparece mencionada en la obra de Giovanni Carmignani, quien, tratando la legítima defensa dentro de la fuerza moral, exige como requisito de la misma que el temor (del cual nace la reacción defensiva) fuese producido injustamente y que el agente no le haya dado motivo, inmiscuyéndose en el hecho ilícito¹⁹. Después, Joaquín Francisco Pacheco comentando el Código hispano de 1848 explicó el contenido de este requisito, señalando al respecto: “si yo he provocado con mis actos o con mis palabras la agresión de otro, por más que la agresión sea ilegítima, siempre esa agresión ha sido motivada por mí, y nunca puede ser legítima la acción para contrarrestarla o defenderse de ella.” Luego agrega: “Yo soy la primera causa de todo; yo no soy inculpable: mi defensa tiene un origen bastardo y manchado.” Avanzado unas líneas, señala que el derecho de defensa no puede reconocerse íntegramente en ese caso pues “Falta la inocencia primera, condición esencial al derecho que examinamos...”²⁰. Posteriormente, se ocupa del tema Carrara, quien considera como requisito de la defensa legítima que no exista injusticia en la causa, lo cual no

16 Ibidem, p. 97.

17 Según Löffler fue establecido entre los años 1191 y 1198 por la *Suma Decretalium de Bernardus Papiensis*. Sin embargo, Jiménez de Asúa, siguiendo a Pereda, indica que su génesis es mucho más antigua y se remonta a imprecisas fórmulas que aparecen en los concilios de Ancira (año 314), Nantes (659), Worms (868), Tibur (895), agregando que el *versari* también se encuentra en las Decretales de Gregorio IX (1234). En un principio este apotegma se aplicaba sólo los casos de “*homicidium casuale*”, pero durante los siglos XII y XIII se hizo extensivo a los demás delitos (op. cit., t. VI. pp. 274-276).

18 CEREZO MIR, José: “El *versari in re illicita* en el Código penal español”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 15, núm. 1, Madrid, 1962. pp. 47-60.

19 CARMIGNANI, Giovanni: *Elementi di Diritto criminal*. Francesco Sanvito Editore, Milano, 1876. (traduzione di Caruana Dingli). p. 76.

20 PACHECO, Joaquín: *Código penal concordado y comentado*, vol. I. Imprenta Manuel Tello, Madrid, 1881, quinta edición. p. 154.

concorre cuando el agredido ha cometido una acción injusta que motiva la agresión. Cita como ejemplos al adúltero y al ladrón que sorprendidos en flagrancia matan al marido y al dueño que lo amenaza de muerte, el sujeto que excita una riña y todos aquellos conflictos en que el peligro que se corre es consecuencia de un acto que se puede reprochar a quien luego se defiende. Señala que en estos casos hay exceso en la causa²¹. Cabe señalar que el maestro toscano era partidario del *versari in re illicita*, pese a que en su misma época esta anticuada regla ya era rechazada por juristas germanos como Köstlin, Geyer, Klein y Berner²².

Si bien se ha sostenido que este requisito es típico de las leyes españolas y Códigos que le han seguido²³, lo cierto es que tal afirmación no es del todo exacta, pues el derecho anglosajón o *common law* también existen ordenamientos que exigen la concurrencia de este requisito para reconocer una legítima defensa plena²⁴.

21 CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho criminal*, vol. I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2000. (trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos). pp. 163 y 164.

22 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., t. IV, pp. 281 y 283.

23 *Ibidem*, t. IV, p. 232.

24 En Estados Unidos de Norte América los Códigos de varios estados contemplan el requisito, a modo de ejemplo se pueden citar: *Criminal Code Wisconsin*, secc. 939.48. (2) *Provocation affects the privilege of self-defense as follows: (a) A person who engages in unlawful conduct of a type likely to provoke others to attack him or her and thereby does provoke an attack is not entitled to claim the privilege of self-defense against such attack, ...* [La provocación afecta el privilegio de la defensa propia de la siguiente manera: (a) La persona que adopte una conducta ilícita de un tipo que pueda provocar que otros le ataquen y, por lo tanto, provoque un ataque no tiene derecho a reclamar el privilegio de la defensa propia contra ese ataque,...]; *Criminal Code Alabama*, sección 13A-3-23 (c) *Notwithstanding the provisions of subsection (a), a person is not justified in using physical force if: (1) With intent to cause physical injury or death to another person, he or she provoked the use of unlawful physical force by such other person.* [No obstante lo previsto en la subsección (a), una persona no está justificada en usar la fuerza física si: (1) Con la intención de causar daño físico o la muerte a otra persona, él o ella provoca el uso de fuerza física ilícita por parte de la otra persona]; *Penal Code Texas*, secc. 9.31. N° 3 (b) *The use of force against another is not justified: (4) If the actor provoked the other's use or attempted use of unlawful force, ...* [El uso de fuerza contra otro no está justificado (4) Si el actor provocó a otro a usar o intentar de usar ilícitamente de la fuerza...]. Igualmente, el *Model Penal Code* de EEUU en la sección 3.04 (b) (i) niega la justificación cuando *"the actor, with the purpose of causing death or serious bodily injury, provoked the use of the force against himself in the same encounter"* [el actor, con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales graves, provocó el uso de la fuerza contra sí mismo en el mismo encuentro].

IV. FUNDAMENTO.

Según adelantamos, en su origen este requisito se fundaba en la máxima medieval de *actio illicita in causa*. Sin embargo, tal planteamiento resulta contrario al principio de culpabilidad, piedra angular de la moderna dogmática penal. Dado lo anterior, durante el siglo XX parte de la dogmática alemana formuló como fundamento para excluir la justificación en casos de provocación dolosa o culposa de una situación de necesidad o defensa la tesis denominada *actio illicita in causa*. De manera similar a la *actio liberae in causa*, esta teoría plantea que, si el propio sujeto anteriormente ha provocado dolosa o imprudentemente la situación de colisión de bienes jurídicos, su subsiguiente acción típica de salvaguarda de sus bienes no queda amparada por la causa de justificación, debiendo responder penalmente por ella. De esta manera, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquella, imputándose esa actividad posterior en sí misma no prohibida y su resultado a la primera acción. Seguidores de esta teoría y que la aplican para fundar la exclusión de la justificación en los casos de provocación dolosa en la legítima defensa son los alemanes Kohlraush, Lange, Lenckner, Baumann, Schmidhäuser y Bertel²⁵. Hoy en día es seguida por Frister²⁶, Eser y Burkhardt²⁷.

En contra de esta tesis se manifiesta Roxin, quien la estima contradictoria, ya que para la *actio illicita in causa* el acto defensivo se consideraría a la vez conforme a Derecho, esto es, justificado por legítima defensa y también como antijurídico, en cuanto consumación de un delito doloso, siendo entonces este constructo un rodeo generador de confusión²⁸. A esta crítica Luzón agrega otra más importante: que el provocador – incluso intencionado- carece de dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, pues queda entregado a la libre decisión del provocado dejarse o no incitar por

25 En este sentido: LUZÓN, Diego: “Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 47, Fasc. / Mes 3. Madrid, 1994. pp. 62, 64 y 67.

26 FRISTER, Helmut: *Derecho penal*. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, (trad. Marcelo Sancinetti). p. 334.

27 ESER, Albin y BURKHARDT, Björn: *Derecho penal*. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Editorial Colex, Madrid, 1995. (trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá). pp. 239 y 240.

28 ROXIN, Claus, op. cit., t. I, p. 641.

la provocación, pasando a ser agresor y exponerse al peligro de lesión por la acción defensiva²⁹. Por su parte, Iglesias agrega que otra paradoja de esta teoría consiste en que para castigar al provocador, la conducta provocadora tendrá que ser necesariamente penalmente antijurídica, pues de lo contrario, la *actio praecedens* no reuniría las características del tipo objetivo por el que se es castigado, creándose una tipicidad ficticia³⁰. Otra crítica que se formula a la tesis de la *actio illicita in causa*, señala que no puede asimilarse a la *actio liberae in causa*, dado que ambas operan dentro categorías jurídicas distintas, la primera dentro de la antijuridicidad y la segunda en la culpabilidad³¹. Mientras que en la segunda es el agente quien se auto provoca un estado de inimputabilidad bajo el cual obra, en la primera la antijuridicidad de la conducta posterior no depende de la voluntad del agente, sino que tal carácter es atribuido de manera objetiva por el ordenamiento jurídico.

Una tercera tesis sobre su fundamento señala que el provocador carece de legitimación para llevar a efecto el fin supraindividual de la defensa, ya que no puede erigirse como defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica³². Esta tesis es rechazada por Luzón Peña, quien sostiene que incluso en los casos más graves de provocación de propósito, la agresión sigue siendo ilegítima y no se ve por qué el Derecho no va a necesitar ser defendido por el provocador, ni por qué el provocador ante el agresor y ante terceros estaría ilegitimado para actuar en defensa propia³³. Por nuestra parte, consideramos que esta tesis no es más que un desarrollo de la tesis de Carrara de la ilegitimidad en la causa. Esta tesis parece tener sustento en nuestro derecho positivo si consideramos que el art. 10 N° 5 y 6 del CP, relativo a la defensa de próximos parientes y de extraños, permite al defensor intervenir en defensa del acometido, aunque este hubiere provocado suficientemente el ataque, siempre que el defensor no haya participado de alguna manera en los actos de provocación.

29 LUZÓN, Diego, op. cit., p. 69.

30 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., pp. 470-471.

31 JUBERT, Joshi: *La doctrina de la "Actio libera in causa" en el Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1992. p. 77.

32 En este sentido: ROXIN, Claus, op. cit. t. I, p. 640; STRATENWERTH, Günther, op. cit., p. 237; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español*, op. cit., t. II, p. 229.

33 LUZÓN, Diego: *Lecciones de Derecho penal*, Parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, tercera edición. p. 421.

Para Jakobs el fundamento de la limitación radica en la teoría de la injerencia, conforme a la cual los derechos y bienes jurídicos de cada sujeto conforman esferas jurídicas autónomas y separadas, de modo que cuando la esfera de un sujeto injiere indebidamente en la esfera de derechos de otro crea una situación de conflicto y para solucionarlo debe soportar parte de los costes. Los bienes jurídicos puestos en juego por parte del sujeto que crea el conflicto –el injerente- se devalúan al haberse introducido este mismo en dicha situación de peligro. En la defensa provocada culpablemente, el conflicto no puede ser solucionado solo a costas del agresor o del defensor-provocador, dado que ambos son co-responsables por el ataque, han configurado una relación en que ceden recíprocamente a lo agresivo. En otras palabras, han organizado sus respectivas esferas de tal modo que en lugar de evitar el conflicto entran en colisión, uno provoca el conflicto y el otro cede ante la provocación agrediendo. En consecuencia, debe operar una distribución de costes, que se traduce en una disminución de las facultades defensivas: el agredido debe esquivar el ataque en la medida de lo posible y en caso de no ser posible, mantenerse dentro de la proporción del estado de necesidad defensivo³⁴. Esta tesis es seguida en España por Iglesias Río³⁵ e igualmente por los autores argentinos Righi³⁶ y Palermo³⁷.

También se pronunció en favor de la tesis de la injerencia, pero con distinta consecuencia, Marxen señalando que quien conduce a otro a una situación de peligro tiene un deber de garante por lo cual debe adoptar medidas de protección para impedir las lesiones. Dado que el provocador crea la situación de peligro para el provocado, surgen para él deberes de garante, debiendo enfrentar la agresión con medios cuidadosos³⁸. Aquí la posición de garante emana del omiso aseguramiento por la creación de una fuente de peligro. Esto significa que quien activa una fuente de peligro debe impedir que ésta desarrolle una actividad lesiva sobre un bien jurídico, en otras palabras, impedir que dañe a terceros³⁹.

34 JAKOBS, Günther, op. cit., pp. 484-487.

35 IGLESIAS, Miguel, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 446.

36 RIGHI, Esteban: *Antijuridicidad y justificación*. Lumiere, Buenos Aires, 2002. p. 99.

37 PALERMO, Omar: *Legítima defensa*. Una revisión normativista. Hammurabi, Buenos Aires, 2007. pp. 397, 398, 406-408.

38 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, ob. cit., pp. 462, 463.

39 DOPICO, Jacobo: ¿Posición de garante derivada de la legítima defensa? La paradoja Rudolphi. En: *"InDret, Revista para el análisis del Derecho"*, octubre-2018. Barcelona. p. 11. Disponible en Internet: https://www.researchgate.net/publication/330738871_

Sin embargo, esta teoría también es criticada, ya que en la injerencia no solo basta con crear la situación de riesgo, sino que también debe existir una relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma por medio de la conducta precedente, el peligro y el resultado de la omisión, relación que no existe a causa del actuar libre del provocado-agresor que se interpone en el medio⁴⁰. Otra crítica señala que en caso que fuese absolutamente indispensable ejercer defensa en contra del provocado por no haber otras opciones menos lesivas, el deber de garante se traduciría simplemente en un deber de soportar el ataque. Una última crítica indica que, en todo caso, la situación de peligro es creada por quien se deja arrastrar por la provocación⁴¹.

V. LA SUFICIENCIA.

El legislador no niega el derecho a defenderse a quien simplemente provoca la agresión desde el punto de vista meramente causal. Para negar la justificante plena se requiere que la provocación sea además suficiente. Un gesto, palabra o acción carente de intencionalidad o imprudencia podría desencadenar la agresión de un iracundo pendenciero o de un ebrio, pero no pueden ser estimados como provocación “suficiente” para efectos de negar el derecho a la legítima defensa plena. En estos casos, la intemperancia y el mal carácter son la verdadera causa de la agresión, por lo que no se menoscaba el derecho del agredido a defenderse⁴². Por lo tanto, la mera provocación, en sentido causal, de la agresión no basta para negar el derecho a defensa perfecta al provocador, sino que el legislador requiere que esta tenga además cierta entidad como para originar en otro una conducta agresiva.

Determinar cuándo concurre dicha suficiencia resulta sumamente problemático, pues sobre este punto no existe acuerdo en la doctrina. Debido a ello ha sido calificado como un requisito perturbador y generador de innumerables confusiones y controversias⁴³, incluso se ha recomendado

Posicion_de_garante_derivada_de_legitima_defensa_La_paradoja_de_Rudolphi (última consulta 09 de febrero del 2021).

40 LOOS, Fritz, op. cit., p. 262.

41 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, ob. cit., p. 463.

42 NÚÑEZ, Ricardo: *Tratado de Derecho penal*, tomo I. Lener, Buenos Aires, 2000. p. 361.

43 QUINTERO, Gonzalo: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Aranzadi, Navarra, 2002, tercera edición. p. 515; NINO, Carlos: *La legítima defensa*. Fundamentación y régimen jurídico. Astrea, Buenos Aires, 2002. p. 129.

su eliminación⁴⁴. El motivo radica en que no se visualiza por qué razón debe reducirse el grado de justificación de la conducta defensiva si la agresión no pierde su carácter antijurídico por el hecho de existir provocación previa, igual existe necesidad abstracta de defensa. Lo normal es no reducir la justificación y que el provocador responda penalmente por la provocación si esta es típica, a su vez, que el agresor responda por su agresión, valorándose la provocación sufrida al momento de determinar la pena de este último, si es que corresponde⁴⁵.

Según veremos son diversas las tesis sostenidas al respecto por la doctrina que buscan delimitar el umbral de lo que debe entenderse por suficiente. El problema interpretativo surge del carácter de concepto normativo de textura abierta de la expresión “suficiente” que emplea el legislador. Esta es definida como “bastante para lo que se necesita” y como “apto o idóneo”⁴⁶. Se trata de un término de los que Carrió identifica como vagos, por no tener definidos sus linderos, lo cual es propio de aquellos conceptos que identifican una propiedad que en los hechos se da en forma de un continuo⁴⁷. De esta manera, nos encontramos frente a lo que Atienza y Ruíz denominan un “concepto jurídico indeterminado”, vago y de textura abierta, que requiere un trabajo de concreción, esto es, de ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables, para efectos de resolver el caso concreto⁴⁸.

El problema es determinar cuándo debe entenderse que la provocación es suficiente para hacer decaer el permiso para obrar en defensa mediante la repulsa del agresor. Históricamente la doctrina ha interpretado el requisito en términos demasiado amplios (entendiendo que hay provocación suficiente cuando se da motivo a la agresión), o bien, en términos demasiado estrictos (entendiendo que solo es provocación suficiente aquella que justifica la agresión)⁴⁹. Al respecto, existe un cúmulo de teorías que han oscilado entre ambos extremos, las que pasaremos a analizar.

44 BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1998. p. 126.

45 QUINTERO, Gonzalo, op. cit., p. 515.

46 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, vigésima tercera edición, versión en línea: <https://dle.rae.es>

47 CARRIÓ, Jenaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, segunda edición. p. 29.

48 ATIENZA, Manuel y RUÍZ, Juan: “Principios y reglas”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 10. Universidad de Alicante, Marcial Pons, 1991. p. 108.

49 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES, Tomás: *Derecho penal*, Parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, quinta edición. p. 513.

1. Tesis de la agresión o restringida.

Para esta primera postura la provocación suficiente equivale a agresión ilegítima o antijurídica. Esto significa que para ejercer la legítima defensa se requiere que el defensor no haya sido el primer agresor. En otras palabras, quien se defiende no debe haber incurrido, a su vez, en una agresión ilegítima que desencadene el ataque de la víctima. Por lo tanto, el requisito no hace más que indicar implícitamente la máxima de que no procede la legítima defensa en contra de legítima defensa o que no existe la legítima defensa recíproca.

Esta tesis persigue, por una parte, restringir las limitaciones a la norma permisiva de la legítima defensa, de manera que el agredido no se vea expuesto a perder la justificación y padecer el ataque por cualquier conducta ilegítima en la que incurra previamente. Por otra parte, también busca alcanzar seguridad jurídica, pues de no exigirse una agresión antijurídica como provocación suficiente nadie estaría nunca seguro de que alguno de sus actos jurídicamente inocentes no pudiera originar la reacción violenta de otro frente a la cual no podría defenderse⁵⁰.

El primer promotor de esta tesis fue Silvela al señalar que “la provocación será suficiente sino cuando explique de una manera cumplida el ataque mismo. Entendida de este modo las palabras, basta que el que se ve obligado a defenderse no haya empezado por ser injusto agresor, ...”⁵¹. Luego, esta tesis fue seguida por Castejón⁵², Ferrer Sama⁵³ y, en un principio, por Jiménez de Asúa, quien finalmente la abandona ante las críticas de Soler y Antón Oneca⁵⁴. En Chile, esta postura fue seguida por Pedro Ortiz Muñoz⁵⁵.

Esta tesis ha sido criticada conforme al modelo dogmático del legislador racional, pues ella interpreta el requisito como si el legislador no hubiese querido decir nada y los únicos requisitos de la defensa fueran la agresión ilegítima y la necesidad racional. Si provocación suficiente es agresión

50 NINO, Carlos, op. cit., pp. 136 y 137.

51 SILVELA, Luis: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo II. Imprenta Fortanet, Madrid, 1874. p. 192.

52 CASTEJÓN, Federico: *Derecho penal*. Reus, Madrid, 1931. p. 119.

53 FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, tomo I. Editorial Sucesores de Nogués, Murcia, 1946. p. 286.

54 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., tomo IV, p. 286.

55 ORTÍZ, Pedro: “Provocación, agresión y defensa”. En: Londoño, Fernando y Maldonado, Francisco (Ed.): *Clásicos de la literatura penal en Chile*, tomo I. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018. pp. 551 y 552.

ilegítima, no era necesario que la ley dijere dos veces la misma cosa, el requisito sería superfluo⁵⁶. Igualmente se critica por ser perfectamente distinguibles provocación y agresión. La primera, aun siendo un hecho injusto, no autoriza la defensa puesto que no crea un peligro inminente. En cambio, la agresión es una situación de hecho que significa la probabilidad inmediata de daño⁵⁷.

En Chile, Novoa adhirió a la crítica que Soler hizo a esta tesis, agregando otros dos argumentos fundados en razones de texto: i) que la legítima defensa de parientes y extraños se admite por la ley, siempre que el defensor no haya participado en la provocación, lo que hace insostenible aseverar que provocación es igual a agresión, pues en ese caso la ley no permitiría que un extraño lo defendiera legítimamente; ii) que el art. 11 N° 3 del CP atenúa la pena de quien comete el delito habiendo precedido provocación proporcionada, lo cual da cuenta que no es agresión, pues si así fuese se hubiera eximido de responsabilidad y no simplemente atenuado la misma⁵⁸.

Esta tesis que identifica provocación suficiente con agresión ilegítima fue sostenida —en parte— por Carlos Santiago Nino, para quien la provocación suficiente incluye a la agresión ilegítima, pero no se superpone completamente con esta. Según el jurista argentino el concepto provocación alude, más que agresión, a una conducta consciente que es imputable a quien tiene pleno dominio de sus actos. De esta manera, la provocación suficiente puede consistir en una conducta deliberada que no es agresión o en una agresión ilegítima consciente y voluntaria. El desaparecido jurista refutó la crítica de Soler del legislador racional, señalando que la circunstancia primera y tercera aluden a cuestiones diferentes. La circunstancia primera alude a la agresión ilegítima desplegada por el destinatario de la acción defensiva. En tanto que la circunstancia tercera, se refiere a la falta de agresión ilegítima por parte de quien despliega la defensa. Señala que la interpretación correcta del requisito de falta de provocación suficiente sería que: se excluye la legítima defensa cuando hubo de parte del defensor una agresión ilegítima previa. Respecto al carácter reiterativo de dicha interpretación, señaló que la sobreabundancia

56 En este sentido: SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, tomo I. TEA, Buenos Aires, quinta edición, 1992. p. 454; ONECA, José: *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, segunda edición. p. 279; ZAFFARONI, Eugenio, op. cit., p. 494; IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 450.

57 GOMÉZ, Orlando: *La legítima defensa*. Temis, Bogotá, 1991. pp. 191 y 192.

58 NOVOA, Eduardo, op. cit., tomo I, p. 348.

de disposiciones legales no es un vicio jurídico demasiado perturbador y en muchos casos es perfectamente aceptado como una forma de lograr mayor claridad expositiva⁵⁹.

Es importante señalar que los seguidores de esta tesis abogan *de lege ferenda* por la eliminación del requisito de falta de provocación suficiente de la legislación, toda vez que desnaturaliza la institución de la legítima defensa y la trastrueca⁶⁰.

2. Tesis de la agresión ilegítima acabada.

Para esta tesis la provocación suficiente es aquella conducta ilícita que ya ha lesionado bienes jurídicos de un tercero, es decir, una agresión ilegítima ya consumada o acabada. Mientras la agresión es inminente o actual cabe legítima defensa en su contra. Una vez concluida la agresión ya no cabe la legítima defensa, pues faltaría el requisito de actualidad, pero puede ser considerada provocación suficiente de la venganza del agredido. En este sentido, una injuria, una lesión corporal, un daño a bienes ajenos, un robo, mientras son inminentes o actuales constituyen agresiones ilegítimas, admitiendo repulsa a título de legítima defensa. Una vez conjuradas o concluidas, pueden ser consideradas como provocadoras de la respuesta vindicativa del que fue víctima de la injusta agresión. Debe tratarse de una agresión que lesione un bien jurídico penal. Por lo tanto, aquellas conductas que no han lesionado bienes jurídicos no constituyen provocación suficiente. Esta tesis fue esbozada por Cousiño, aunque sin desarrollar, ni visualizar mayormente sus alcances⁶¹.

Esta tesis tiene una triple ventaja. En primer lugar, permite superar la deficiencia de la tesis restringida, pues a diferencia de aquella, no vacía de contenido al requisito tercero del N° 4 del art 10 del CP. En segundo lugar, interpreta el referido requisito de un modo acorde con el principio de seguridad jurídica, dejando fuera del alcance de la norma las conductas pertenecientes al indefinido y mutable espectro de lo ético-socialmente reprobable. Al limitarla a la agresión ilegítima acabada, dota a la norma de límites definidos y reconocibles *ex ante*. En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, fija el mínimo de significancia que debe tener la conducta

59 NINO, Carlos, op. cit., pp. 134-139.

60 Ibidem, p. 139; ORTÍZ, Pedro, op. cit., p. 553.

61 COUSIÑO, Luis: *Derecho penal chileno*, tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. pp. 292 y 294.

precedente para ser considerada provocación suficiente, medida que es la conducta antijurídica y típicamente penal, interpretación que es acorde con un Derecho penal liberal en que el límite de lo penalmente relevante está fijado por la afectación a bienes jurídicos.

Sin embargo, a fin de evitar darle un alcance desmedido a la justificante de legítima defensa, se hace necesario imponer dos limitaciones a la respuesta agresiva del provocado por la agresión ilegítima acabada: En primer lugar, el ataque debe producirse dentro de un breve periodo de tiempo desde que acaba la agresión provocadora, es decir, debe tener lugar de manera inmediata. Si transcurre un largo periodo de tiempo entre una y otra, ya no puede considerarse como provocación suficiente que excluya la defensa plena del provocador, pues el provocado ha tenido tiempo para apaciguar su ánimo vindicativo. La segunda limitación, radica en que debe exigirse cierta correlación de equivalencia entre la agresión acabada provocadora y la agresión del provocado. Así, la injuria liviana no puede considerarse provocación suficiente de un ataque homicida como respuesta del injuriado.

3. Tesis de la renuncia manifiesta a la protección jurídica.

Esta tesis es sostenida por el profesor español Diego Luzón Peña, quien luego de analizar las otras tesis relativas a cuándo deben entenderse que la provocación es suficiente, observa que ninguna de ellas es capaz de explicar por qué no cabría legítima defensa en contra de la agresión provocada, si pese a la provocación la agresión continúa siendo objetivamente antijurídica y la defensa conforme a Derecho. No existiría fundamento para convertir la defensa lícita en ilícita, pues subsiste la necesidad de defensa del orden jurídico y del bien jurídico amenazado.

Según el profesor de Alcalá, la provocación suficiente, solo puede ser aquella que es capaz de convertir en ilícita la defensa que en principio es legítima, lo cual solo será plausible cuando el Derecho no necesite ser defendido por una persona en concreto, por no estar legitimado para ello. Indica que esto solo puede ocurrir cuando el provocador objetiva y abiertamente, es decir, a los ojos de todos ha renunciado a la protección jurídica de la legítima defensa y quiera resolver el conflicto como una situación interna. Ello solo ocurre en los supuestos de provocación o aceptación libre de una riña mutuamente consentida o de un duelo. En tales casos es evidente que todos los contendientes han dejado en claro que quieren resolver sus cuestiones al margen del Derecho, renunciando a

la protección y defensa jurídica, no estando legitimados para defender el orden jurídico⁶². Mientras ninguno de los contendientes abandone la lucha, mostrando su voluntad de retornar a la legalidad, el contendiente, incluso aunque no agrede y se mantenga a la defensiva, no puede invocar legítima defensa completa, pues faltará el último requisito. Esto significa que en estos casos debe aceptarse la eximente incompleta. El contendiente solo recupera su derecho a la legítima defensa si el otro utiliza instrumentos más peligrosos que los acordados (por ejemplo, en la pelea a puños uno saca un cuchillo) o si abandona la lucha, pues en ese caso ya no hay mutua aceptación de la riña⁶³. Por el contrario, en los restantes casos de provocación: intencional, dolosa, culposa y fortuita, no estamos ante una provocación suficiente en sentido legal. Distinto es el tratamiento que el maestro español da a la provocación intencional, esto es, a la cometida con dolo o intención de lesionar al amparo de la legítima defensa. Indica en primer lugar, que en este caso no hay impunidad de la provocación intencional (entendemos que ha querido referirse al acto defensivo), pues falta el requisito de necesidad racional del medio, ya que al tener todo preparado el provocador puede reaccionar con medios menos lesivos contra el agresor, lo que no hace porque no quiere al no ser su ánimo defensivo (salvo que el agresor se comporte de un modo más peligroso al esperado). En segundo lugar, la provocación dolosa además de ser ilícita en si misma (por ejemplo, injurias o amenazas), se puede considerar como inducción o incitación indirecta a una tentativa (idónea o no), cuya punición dependerá si se considera punible la conducta del “agente provocador”⁶⁴.

62 En relación a la riña o acometimiento recíproco, nuestros tribunales han resuelto de manera uniforme que ninguno de los contendientes puede invocar legítima defensa, por cuanto todos son agresores ilegítimos recíprocos (Tribunal Oral en lo Penal de Concepción RIT 380-2008, 10 noviembre de 2008, Rol 290-2008, 07 de septiembre de 2008/ TOP La Serena RIT 133-2009, 21 octubre de 2009/ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 129-2009, 30 abril de 2009/ TOP de Chillán RIT 88-2007, 10 septiembre de 2007/ TOP Valparaíso RIT 84-2005, 23 julio de 2005).

63 Sigue este razonamiento la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el fallo Rol 64-2016 (25 abril de 2016), en el cual, acoge un recurso de nulidad por considerar que el imputado obró en legítima defensa, pese a estar trabado en riña, dado que el occiso en un momento sacó un cuchillo atacando con este al encausado, quien se lo arrebató y sin solución de continuidad procedió con el mismo a herirlo mortalmente. La Corte considero que tal obrar fue instintivo, casi sin pensarlo, lo que conlleva a estimar que el imputado no estaba en condiciones de buscar una forma distinta y menos lesiva para poner término a la riña con su antagonista (considerando Séptimo). Se dictó sentencia de reemplazo absolutoria.

64 LUZÓN, Diego: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*- Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, segunda edición. pp. 568-569; *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pp. 423 y 424.

En la doctrina italiana, Fiandaca y Musco se pronuncian, en parte, a favor de esta tesis, señalando que la legítima defensa no se aplica cuando la situación de peligro es causada voluntariamente por el sujeto que reacciona, lo cual tiene lugar respeto del provocador, de quien acepte un duelo, de quien enfrente una situación de riesgo prevista y aceptada, y de riña, dado que los participantes tienen la intención de agredirse mutuamente. Sin embargo, admiten que aún en estos casos el sujeto que ocasionó el peligro pueda defenderse, lo que tendrá lugar cuando la reacción de la víctima sea absolutamente imprevisible y desproporcionada. En riña, ello tiene lugar cuando uno de los contendientes agrede de manera más grave y peligrosa. Inclusive admiten la legítima defensa en favor del ladrón, que es perseguido y víctima de un disparo de fusil por parte del propietario de la cosa sustraída⁶⁵.

4. Tesis de la adecuación empírico-cultural.

Esta fue formulada por Jiménez de Asúa luego de abandonar su inicial postura, en la cual identificaba la provocación suficiente con la agresión ilegítima. En este cambio de postura, el maestro español consideró que la provocación suficiente debe determinarse en cada caso de manera empírico-cultural⁶⁶. El maestro no desarrolla esta tesis y simplemente se limita a citar jurisprudencia de su época, exponiendo los hechos y criterios de solución empleados. Influida por el maestro español, parte importante de la doctrina argentina se inclina por esta tesis⁶⁷, aunque admitiendo como límites la significancia, al excluir las provocaciones insignificantes –bromas, gestos o chistes⁶⁸, la proporción entre provocación y agresión⁶⁹, y temporalidad que denote un nexo causal entre ambas⁷⁰.

En Chile, son partidarios de esta teoría Politoff, Matus y Ramírez, quienes señalan “que hay que renunciar a cualquier esfuerzo por definir cuantitativa como cualitativamente lo que debe entenderse por suficiente

65 FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Derecho penal*, Parte general- Temis, Bogotá, 2006, (trad. de Luis Fernando Niño). pp. 290 y 291.

66 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, op. cit., tomo IV, p. 236.

67 CREUS, Carlos: *Derecho penal, parte general*, tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, quinta edición. p. 319.

68 FRÍAS, Jorge; CODINO, Diego y CODINO, Rodrigo: *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993. p. 290.

69 NÚÑEZ, Ricardo, op. cit. t. I, pp. 364-365.

70 FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. pp. 291 y 292.

asunto que queda entregado al criterio del juez en cada caso concreto”. Solo indican como límites que la provocación sea próxima e inmediata en el tiempo y de relativa gravedad, de manera que no son suficientes viejas rencillas, como tampoco lo es una injuria leve respecto de una agresión con arma de fuego⁷¹. Otros secuaces de esta tesis son Labatut⁷², Del Río⁷³ y más recientemente Couso⁷⁴.

De lo expuesto se puede decir que para los partidarios de esta tesis la fórmula que emplea el legislador de “provocación suficiente” correspondería a un principio regulativo en los términos definidos por Henkel, esto es: “que no entraña contenido valorativo ni medida de valor algunos, sino que es neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan solo la instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento”⁷⁵.

Por lo tanto, no hay dación de norma, sino una renuncia a establecerla, la cual se funda en la multiplicidad de factores asaz diversos que varían en caso concreto, lo cual impide fijar una norma precisa para regular todas las posibles hipótesis de puedan darse en la realidad. Al aplicar el concepto regulativo el juez no realiza un proceso silogístico de subsunción de una premisa menor a un mayor, sino que debe crear la norma aplicable al caso particular con ayuda del elemento regulativo que fija el camino para llegar a ella⁷⁶.

En conclusión, conforme a esta tesis corresponderá a los tribunales determinar en cada caso concreto si la provocación tuvo en mérito o no para ser considerada suficiente, conforme a las particularidades de las circunstancias fácticas del caso en cuestión. El problema de esta tesis radica en su inseguridad jurídica, dado que abandona por completo la

71 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte general, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004. p. 222.

72 LABATUT, Gustavo: *Derecho penal*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, novena edición. p. 99.

73 DEL RÍO, Raimundo: *Derecho penal*, tomo II, Editorial Nascimento, Santiago, 1935. p. 169.

74 COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor: *Código penal comentado*. Parte general, Albeledo Perrot, Santiago, 2011. p. 220.

75 HENKEL, Heinrich: *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*- Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, (trad. José Luis Guzmán Dálbora). p. 126.

76 *Ibidem*, pp. 73, 81, 127.

tarea de interpretar el concepto para dejar completamente entregada su determinación a los tribunales. Por otro lado, deja completamente abierto el concepto de suficiencia a un margen muy amplio de casos que van desde el hecho ético-socialmente reprochable hasta el acto antijurídico que no alcance a constituir agresión ilegítima. En consecuencia, serán las normas de la cultura imperantes en un tiempo y lugar determinado las que determinarán si la provocación del agredido puede considerarse o no como suficiente, debiendo el tribunal estarse a ellas para dotar de contenido, en el caso concreto, a este requisito de la legítima defensa. Las supuestas reglas ético-sociales no son más que construcciones *ad-hoc*⁷⁷. Atenerse a ellas significa caer en la justicia del *cadí*, en la cual la resolución del asunto se hace en base a consideraciones éticas, en lugar de aplicar una justicia racional en la cual la resolución se realiza en base a reglas previamente conocidas. El problema de fondo radica en que el alcance de la norma permisiva queda absolutamente indeterminado *ex ante* y con ello el alcance del *ius puniendi*. En efecto, para el sujeto que obra en defensa no será posible determinar *a priori* si su conducta previa constituye provocación suficiente o no, y en definitiva, si su acto de defensa es permitido o ilícito. Entendemos que debido a ello es que sus seguidores han introducido criterios delimitadores, tales como la significancia, la inmediatez y la proporción.

La jurisprudencia de nuestros tribunales sigue esta teoría al evaluar de manera amplia y casuística la concurrencia de la falta de provocación suficiente⁷⁸.

77 LOOS, Fritz, op. cit., p. 264.

78 Así, por ejemplo, la Corte Suprema en el fallo Rol 1099-2003 (17 de octubre del 2005), resolvió que ninguno de los requisitos de la legítima defensa se encuentran definidos por el legislador, de suerte que es facultad de los tribunales, en función de los hechos establecidos, determinar si ellos concurren en el caso concreto a dilucidar. Agrega el máximo tribunal, que a falta de definición legal y con apoyo del Diccionario, debe entenderse por provocar el incitar o estimular a una persona para que se irrite y obre en consecuencia y por suficiente lo bastante para lo que se necesita; apto o idóneo. De acuerdo a ello Groizard, tomando como base el significado gramatical y etimológico de la palabra, dice que por suficiente debe entenderse, apto o idóneo, o de otro modo bastante para alcanzar el logro de lo que se necesita. Por su parte, Jiménez de Asúa en las Adiciones al Programa de Carrara dice: la provocación será suficiente cuando explique de una manera cumplida y satisfactoria, el ataque mismo... (Considerandos Duodécimo y Decimoquinto). En la misma línea el TOP de Concepción en sentencia RIT 152-2006 (28 de agosto del 2006), estimó como provocación suficiente los flirteos que durante un baile el acusado realizó a la pareja del occiso, llegando a los besos, yéndose ambos a una pieza, todo en presencia de éste y sus amigos, lo que motivó el ataque al acusado, el cual se defendió con un cuchillo causándole la muerte. Se acogió la atenuante de legítima defensa incompleta conforme al art. 11 N° 1 del CP. Por su parte, el TOP de Antofagasta

5. Tesis de la previsibilidad o adecuación jurídica.

Esta postula que es solo es suficiente aquella provocación que haga prever como posible respuesta una agresión, evaluada dicha previsibilidad conforme a un criterio de adecuación valorativo y no causal. Debe tratarse de una conducta que sea inadecuada para la coexistencia social, toda vez que no serían suficientes, por muy previsible que sea la agresión, aquellas conductas inocuas (ejemplo: ir al domicilio, pasar frente a una patota, entrar en un bar). En otras palabras, aun cuando el sujeto prevea que su conducta pueda provocar a otro, no hay suficiencia si esta conducta no es objetivamente incitadora de una agresión. Tampoco deben tomarse en consideración las características personales del provocado que lo hagan susceptible de reaccionar de manera violenta ante cualquier estímulo, como su carácter antisocial, iracundo o pendenciero⁷⁹.

En Chile, se inclinó por ella Cousiño al indicar que la suficiencia “debe juzgarse objetivamente como la que normalmente, generalmente, produce enojo, excitación o irritación y no frente al caso excepcional de un sujeto patológicamente colérico iracundo”⁸⁰. Igualmente, la comparte Etcheberry al afirmar que suficiente significa “que sea bastante para explicar, dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos (y también del modo particular de hacerlo que el provocado tenga, si

en la sentencia Rol 167-2014 (28 de octubre del 2014), consideró que no constituye provocación suficiente de los golpes propinados por el carabiniero afectado al imputado y que le causan lesiones leves, el hecho que este haya orinado afuera de la comisaría cerca de los carros policiales. Señaló el tribunal que, si bien tal acción es repudiable, no significó la amenaza de algún mal hacia a los carabineros, por lo que no puede estimarse como una provocación en los términos que exige la ley (considerando Décimo primero). En una sentencia más reciente, el TOP de Punta Arenas Rol 67-2020 (28 de julio de 2020), estimó que constituye provocación suficiente el hecho que el acusado haya seguido al agresor y aceptado la riña propuesta por éste, en la cual le causa la muerte con tres estocadas en la zona torácica. Según el tribunal esa acción tornó ilegítima la defensa que en un principio fue legítima (considerando decimoséptimo). Sin embargo, el tribunal acogió en favor del acusado la eximente incompleta de legítima defensa de terceros del art 11 N° 6 del CP en relación al art 11 N° 1, toda vez que resultó acreditado que el occiso había atacado previamente a un tercero en cuya defensa concurre el acusado.

79 Seguidores de esta tesis en la doctrina comparada son: ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho penal*, o. cit., p. 493; RIGHI, Esteban, op. cit., p. 100; VALLE MUÑIZ, José: “Fundamentos, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XLV, fascículo II. Madrid, 1992. p. 586; IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 452.

80 COUSIÑO, Luis, op. cit., tomo II, p. 291.

el provocador lo sabe), la agresión que el provocado desarrolló⁸¹. En similares términos, Novoa⁸². Más recientemente, se inclinó por ella Bustos, para quien suficiencia no se toma en un sentido causal, sino valorativo, análogo a la imputación objetiva⁸³.

De lo expuesto, se observa que esta teoría se empeña por interpretar el requisito de suficiente de manera objetiva, a diferencia de la tesis empírico-cultural, introduce un elemento predictivo, entendiéndolo como aquello que resulte adecuado para desencadenar una reacción agresiva. Sin embargo, en cuanto al criterio a utilizar para realizar el juicio de adecuación se observan dos corrientes: la causalidad adecuada y la imputación objetiva.

La primera vertiente señala que para determinar la suficiencia de la provocación se debe recurrir a la teoría de la causalidad adecuada. Esta distingue entre condición y causa, no todas las condiciones son causa de un resultado, pues no son equivalentes. Es causa solo aquella condición que, conforme a la experiencia, es apropiada para producir el resultado determinado⁸⁴. La previsibilidad se determina conforme a la experiencia, considerando lo que normalmente acaece *-id quod plerumque accedit-* en la vida cotidiana. No se requiere una certeza absoluta, sólo una cierta regularidad del acaecer. Es esta regularidad la que permite al juzgador realizar el llamado juicio de adecuación o de idoneidad, conforme al cual debe determinarse si un resultado era esperable que se produjera por la conducta precedente del sujeto.

Dentro de esta tesis, a su vez, se han propuesto dos formas de realizar el juicio de adecuación. La primera es *ex ante*, esto es, el juzgador debe basarse en todas las circunstancias conocidas u objetivamente reconocibles por el agente en el momento y lugar del hecho, lo que pudo prever una persona sensata en el rol de autor⁸⁵. La provocación suficiente será aquella que sea previsible para un hombre prudente, tomando en cuenta aquellos conocimientos que son esperables que pueda tener y aquellos conocimientos especiales que posea, pero sin considerar aquello que es esperable que pueda ignorar. Pero, conforme a este juicio de adecuación, si el provocador conocía el carácter iracundo o camorrero del provocado

81 ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, tercera edición. p. 257.

82 NOVOA, Eduardo, op. cit., tomo I, p. 347.

83 BUSTOS, Juan: *Obras completas*, tomo I. ARA Editores, Lima, 2004. p. 898.

84 STRATENWERTH, Günther, op. cit., p. 151.

85 WESSELS, Johannes: *Derecho penal*, parte general. Depalma, Buenos Aires, 1980, (trad. Conrado Finzi). p. 57.

y su posible reacción, entonces ese especial conocimiento también debe considerarse al momento de determinar la suficiencia, constituyendo este caso una excepción a la objetividad de este juicio. La segunda forma de realizar el juicio de adecuación es conforme al criterio del hombre medio, apreciado por el juez o perito *ex post facto* o de forma retrospectiva⁸⁶, se debe considerar el actuar del sujeto y el cúmulo de condiciones existentes previas al resultado, para en base a ellas determinar si el acaecimiento del resultado era previsible para el hombre medio.

Sin embargo, la teoría de la causa adecuada ha sido criticada debido a que el juicio de adecuación no entrega resultados satisfactorios. No es posible trazar límites exactos entre condición y causa⁸⁷. Si tomamos como punto de referencia al hechor y éste es un sujeto ignorante, puede considerarse incluso como causa los hechizos. Si el juicio de adecuación lo hace el juez *ex post*, deberá afirmar la adecuación pues entra en juego la equivalencia de condiciones. Si el juez lo hace *ex ante*, la adecuación se transforma en un tema de previsibilidad⁸⁸. Ilustrando lo anterior con el clásico ejemplo del hemofílico, el rasguño será causa adecuada de la muerte, si el agente sabía que padecía la enfermedad. Si lo ignoraba, no será causa adecuada. En problema se traslada entonces al plano subjetivo.

La segunda corriente señala que la suficiencia de la provocación se determina conforme a la imputación objetiva de resultado⁸⁹. Esta teoría tiene por finalidad limitar los efectos de la causalidad natural, a fin de determinar, entre distintas conductas que condicionan la generación resultado típico, a cuál debe imputarse jurídicamente la generación del mismo⁹⁰. Para ello la conducta debe cumplir tres requisitos: no debe estar permitida por el Derecho, debe crear un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico y ese riesgo debe concretarse en el resultado típico⁹¹. Solo la provocación que cumpla estos tres requisitos puede

86 CURY, Enrique: *Derecho penal*, parte general, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, segunda edición. p. 287.

87 STRATENWERTH, Günther, op. cit., p. 152.

88 CURY, Enrique, op. cit., tomo I, p. 287 y 288.

89 En este sentido: IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 452; BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, tomo II. Trotta, Madrid, 1999, p. 131.

90 Por ello se aplica la determinar la causalidad en los delitos de resultado, es decir, aquellos en que el legislador no tipifica la conducta ilícita concreta, sino que se limita sancionar a quien causare u ocasionare tal resultado.

91 CANCIO, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo: *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998. pp. 31-33.

considerarse como suficiente. Consecuencia de la aplicación de este procedimiento es que la provocación suficiente solo puede ser un acto ilícito o antijurídico, pues la imputación objetiva exige como primera condición que la conducta no este permitida por el Derecho. Sin embargo, dado que la imputación objetiva exige nexo de causalidad entre conducta y resultado, no sirve para determinar la suficiencia, dado que tal vínculo de causalidad no se da entre provocación y agresión, ya que esta última surge de la decisión voluntaria del provocado.

6. Tesis de la proporcionalidad.

Para esta tesis será suficiente aquella provocación que sea proporcionada o equivalente a la entidad de la agresión. No basta con que haya dado motivo a la agresión, sino que además debe existir una relación de proporcionalidad o equivalencia entre ambas, la que debe determinarse en cada caso particular. Para apreciar su concurrencia se deben comparar, en el caso concreto, la acción provocadora con la agresión ilegítima producida. Igualmente, esta tesis exige que exista inmediatez temporal entre provocación y agresión⁹².

Para esta postura la provocación suficiente de que habla el requisito tercero de la legítima defensa es el mismo que el legislador establece como atenuante en el art. 11 N° 3 del CP, esto es, “La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”. Por lo tanto, debemos remitirnos a lo que ha dicho la doctrina respecto de esta atenuante. En primer lugar, debe señalarse que el fundamento de esta atenuación es que el sujeto obra movido por el ímpetu emocional provocado por un estímulo externo, reconociéndose entonces una exigibilidad disminuida, pues se encuentran mermados sus frenos inhibitorios⁹³. Pero no se requiere acreditar que el sujeto obró bajo un estado emotivo, lo cual solo se exige tratándose de la atenuante del art. 11 N° 5 del CP (arrebato u obcecación), aquí solo basta que concurren

92 Seguidores de esta tesis son: ANTÓN, José: *Derecho penal*. Akal, Madrid, 1986, segunda edición. p. 279; BUNSTER, Álvaro: “Defensa legítima”. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. III. Ediciones UNAM, ciudad de México, 1983. p. 49; CURY, Enrique, op. cit., tomo I, p. 367; GARRIDO, Mario: *Derecho penal*, tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, tercera edición. p. 132; WILENMANN, Javier: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Marcial Pons, Madrid, 2017. pp. 425, 432-437.

93 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, op. cit., tomo I, p. 507; CURY, Enrique, op. cit., tomo I, p. 110; LABATUT, Gustavo, op. cit., tomo I, p. 212.

los supuesto objetivos que plantea la ley^{94 95}. Así, provocación será toda acción o expresión capaz de crear en el sujeto una excitación conducente a la comisión de un delito, no se requiere que sea típica ni grave⁹⁶. Que sea inmediata, significa que la provocación debe haber precedido en forma inmediata a la ejecución del delito, ser cronológicamente contigua⁹⁷. Si hay tiempo para que la razón recupere su imperio después de la provocación que ha exaltado las pasiones, no hay motivo para atenuar la pena⁹⁸. Por el contrario, si transcurre cierto tiempo o periodo de paz entre la provocación y la agresión, no opera la atenuante, sin perjuicio que pueda estimarse concurrente la de vindicación de próxima ofensa del art. 11 N° 4 del CP, pues “el sujeto actúa bajo excitación emocional de venganza, esto es, para tomar satisfacción frente a un agravio o daño”⁹⁹. Por último, para reconocer la atenuación se requiere que el delito cometido sea proporcional a la provocación, ello supone una relación de equivalencia entre ambas, tanto “en su naturaleza como intensidad”¹⁰⁰. Así, una provocación leve es bastante para atenuar la responsabilidad de un delito leve¹⁰¹. La proporcionalidad, debe medirse en forma objetiva, conforme al criterio del hombre medio situado *ex ante* puesto en la situación concreta, considerando todas las situaciones concurrentes¹⁰².

94 GARRIDO, Mario: op. cit., tomo I, p. 186; MERA, Jorge: “Comentario al art. 11 N° 3 del Código Penal”. En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (Dir.): *Código Penal comentado*, Parte general. Abeledo Perrot, Santiago, 2011. pp. 287 y 288.

95 En España la atenuante de provocación y de vindicación próxima de ofensa fueron eliminadas por una reforma al Código penal llevada a cabo el año 1983 y refundidas, junto al miedo insuperable, en la actual atenuante de estado emocional contemplada en el art. 21 N° 3 del CP, que reza: *Son circunstancias atenuantes: “la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebat o obcecación u otro estado emocional de entidad semejante”*. El motivo de la reforma fue simplificar ciertas disposiciones del Código que resultaban innecesariamente complejas, cuanto no tautológicas entre sí (MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 637). Esta observación del derecho comparado hace concluir entonces que nuestro art. 11 N° 3 del CP exigiría que la provocación cree en el provocado un estado pasional que lo lleve a delinquir, echando por tierra la tesis contraria que sostienen algunos de nuestros penalistas.

96 CURY, Enrique, op. cit., tomo II, p. 110.

97 *Ibidem*, tomo II, p. 111.

98 FUENSALIDA, Alejandro: *Concordancias i comentarios al Código penal chileno*, tomo I. Imprenta Comercial, Lima, 1883. p. 85.

99 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; ORTIZ, Pedro y otros: *Texto y comentario del Código penal chileno*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002. p. 173.

100 ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., tomo II, p. 19.

101 NOVOA, Eduardo, op. cit., tomo II, p. 29.

102 CURY, Enrique, op. cit., tomo II, p. 111.

Una consecuencia de esta tesis es que cuando la agresión ilegítima exceda en proporción a la provocación, el provocador se encuentra autorizado para ejercer legítima defensa¹⁰³. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 3438-2015 (18 diciembre de 2015), acoge esta tesis confirmando la sentencia del tribunal *a quo* que absolvió al imputado de los delitos de homicidio y lesiones graves por estimar que obró en legítima defensa, pese a haber provocado la agresión. La Corte señaló que, si bien es el imputado el que dio origen a la pelea, fueron los familiares de la víctima los que en vez de poner término al conflicto ingresaron todos ellos al combate a fin de proporcionarle al imputado una feroz paliza, generando así una evidente desproporción de fuerzas. Si el imputado no obraba de tal manera, posiblemente el día de hoy sería el occiso (considerando Decimotercero)¹⁰⁴.

Conforme a todo lo anterior, para concretar la aplicación de esta tesis se debe recurrir a los criterios de proporcionalidad que utiliza la doctrina para determinar la necesidad racional del medio defensivo, según ella hay dos formas de medirla: entre el peligro amenazado o producido por la agresión y el causado por la defensa; o bien, entre los bienes jurídicos en juego. Llevado esto a la provocación, debemos hablar entonces de proporción o correlación de magnitudes, entre el peligro amenazado por el acto de provocación y la agresión ilegítima o entre bienes jurídicos amenazados por la provocación y los afectados por la agresión ilegítima. En este último caso, debemos a su vez distinguir si el conflicto es homogéneo entre bienes jurídicos primarios o secundarios, o si es heterogéneo entre bienes primarios y secundarios¹⁰⁵.

103 En este sentido: ANTÓN, José, op. cit., p. 279; CERESO MIR, José: *Curso de Derecho penal español*, op. cit., tomo II, p. 229; BUSTOS, Juan, op. cit., tomo I, p. 898; ROXIN, Claus, op. cit., tomo I, p. 644; FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, op. cit., p. 291; TAVARES, Juárez: *Fundamentos de teoría do delito*, Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018. p. 343; Díez RIPOLLÉS, José: *Derecho penal español*, Parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, quinta edición. p. 314;

104 Según los considerandos Octavo, Décimo y Undécimo del fallo citado, los hechos habrían consistido en que durante una celebración de fiestas patrias el imputado le cobró a su vecino un préstamo, no recibiendo el pago sino un impropio, tras lo cual se trenza a golpes sacando la peor parte. Luego, estando golpeado y vejado, el imputado va a su casa a buscar un palo para golpear a quien lo golpeó. El imputado armado con el palo se enfrenta nuevamente a su vecino, quien es socorrido por sus familiares (al menos 4 personas) comienzan a golpear al imputado, quien toma un cuchillo y comienza a realizar movimientos cortantes y punzantes, resultando un muerto y cuatro heridos.

105 Sobre el punto véase: FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, op. cit., p. 295; NINO, Carlos, op. cit., pp. 119 y 120.

Sin embargo, dado que para esta tesis la provocación no es agresión, el problema que se advierte es que ésta nunca puede afectar o poner en peligro un bien jurídico del provocado, de manera que no es posible entonces realizar un juicio de proporción o medición de magnitudes entre la provocación y la agresión. Mientras que agresión y defensa comparten como característica común que ambas ingieren o afectan en bienes jurídicos ajenos, siendo posible compararlas en esa magnitud, esa cualidad no la tiene la simple provocación. Por lo tanto, desde ese punto de vista, ningún acto de provocación sería proporcional o análogo una agresión.

En vista de lo anterior, la proporción de que habla el art. 11 N° 3 del CP tendría que medirse entre el potencial de la provocación para excitar el ánimo del provocado y la agresión cometida por este. Sería proporcionada aquella agresión cuya comisión pudiese esperarse dentro del nivel de alteración del ánimo ocasionada por la provocación, tomando como modelo de medición un hombre medio puesto en la situación concreta¹⁰⁶. El problema radica en que tal modelo de medición, esto es, el *homunculus normalis* no es una magnitud determinable, siendo sólo una ficción¹⁰⁷, por lo cual no habría manera de determinar la proporcionalidad bajo dicho parámetro. Ante tal escenario, solo quedaría recurrir al parámetro del hombre razonable, prudente y concienzudo puesto en la situación concreta. Sin embargo, aquí nos encontraríamos con la paradoja de que tal modelo de hombre no reaccionaría agresivamente ante una mera provocación, ya que sería más prudente y razonable evitar el conflicto. La respuesta para solucionar tal aporía consistiría en interpretar el art. 11 N° 3 del CP en el sentido que debe exigirse que la provocación ocasione en el provocado un estado pasional bajo cuyos efectos cometa la agresión, haciéndola explicable. Esto nos sitúa entonces en la siguiente tesis que pasamos a analizar.

7. Tesis de la atenuación o inculpabilidad del agresor.

Esta tesis tiene su origen en Pacheco, quien señalo que “la provocación suficiente no puede ser otra, que la que extinga o atenúe la culpabilidad de la agresión”¹⁰⁸. Actualmente es seguida por Cobo del Rosal y Vives, para quienes es suficiente la provocación que excuse la agresión¹⁰⁹. Será suficiente será aquella provocación que tenga cierta gravedad, de manera

106 CURY, Enrique, op. cit., tomo II, p. 111; GARRIDO, Mario: op. cit., tomo I, p. 185.

107 HENKEL, Heinrich, op. cit., p. 132.

108 PACHECO, Joaquín, op. cit., tomo I, p. 166.

109 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES, Tomás, op. cit., p. 514.

que pueda incidir en la culpabilidad del provocado, ya sea atenuándola o bien excluyéndola.

En favor del primer extremo de esta tesis se pronunció Soler, para quien es suficiente la provocación que podía excusar la agresión, es decir, que tuviera cierta gravedad proporcionada al agravio, de manera símil al agravio en los delitos de ímpetu¹¹⁰. Este razonamiento se relaciona con lo dispuesto en el art. 81 N° 1 del CP argentino que tipifica el homicidio por emoción violenta, aplicando una pena atenuada¹¹¹. Por lo tanto, la provocación para ser suficiente tendría que ser capaz de provocar un estado similar a dicha emoción violenta, esto es, “un estado psíquico en el cual el sujeto actúa con disminución del poder de sus frenos inhibitorios”¹¹².

En su otro extremo, esta tesis plantea que la provocación también es suficiente cuando constituye un estímulo que sea capaz de desencadenar una agresión antijurídica no culpable por parte del provocado. En otras palabras, es suficiente aquella que produce un estado de inimputabilidad en el agresor, caso en el cual se excluye por completo el fundamento de la legítima defensa, por ser innecesaria la ratificación del orden jurídico¹¹³. La provocación debe consistir entonces en una conducta que sea capaz de generar en el provocado un estado de privación total de la razón en los términos que exige el art 10 N° 1 del CP y que bajo ese estado agrede ilegítimamente al provocador. De esta manera, sería provocación suministrar un narcótico capaz de tornar agresivo al paciente, asustar o aterrorizar al punto que el provocado quede presa del miedo insuperable o estado de terror. También lo será ofuscar, al punto que el provocado sufra un super-arrebato esténico de obcecación o rabia desatada, en el cual no pueda controlar sus actos.

En cuanto a la forma de evaluar la suficiencia de la provocación para incidir en la culpabilidad del provocado, se han planteado dos fórmulas, una subjetiva y otra objetiva. La primera no da importancia a la conducta desencadenante de la agresión sino solamente al efecto motivacional interno causado en el provocado, que debe corresponder a un estado de aminorada o nula capacidad de imputación. Esta fórmula es criticada ya que deja

110 SOLER, Sebastián, op. cit., tomo I, p. 456.

111 Código Penal argentino, art. 81. *1° Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.*

112 SOLER, Sebastián, op. cit., tomo III, p. 70.

113 BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 126

imprecisos los contornos de aplicación del requisito en estudio, pues habría que considerar las características de personalidad del agresor, quedando la extensión de la legítima defensa entregada al grado de irascibilidad, excitación, serenidad o fortaleza de ánimo del provocado¹¹⁴. La segunda indica que, independiente de que se haya generado en el provocado un estado emotivo que influya en su imputabilidad, se debe evaluar conforme a la experiencia si la conducta provocadora condujo decisivamente a la agresión, debiendo recurrirse al juicio de adecuación.

Esta teoría es criticada, ya que introduce un requisito adicional a la agresión ilegítima no previsto por el legislador, esto es, que sea además plenamente culpable¹¹⁵. Esta exigencia adicional que no es aceptable, pues basta que la agresión sea ilegítima o antijurídica, siendo procedente obrar en legítima defensa contra el ataque de un inimputable.

VI. LA PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN SU ASPECTO SUBJETIVO.

La conducta suficientemente provocadora admite dos formas de comisión en lo que respecta al ámbito subjetivo: dolosa o intencional y culposa o negligente. Por lo tanto, la provocación debe consistir en una conducta culpable, es decir, imputable o atribuible a su autor a título de dolo o culpa¹¹⁶. No se consideran provocaciones que excluyan la legítima defensa, las cometidas de manera inculpable, como las que pueden provenir de un inimputable (infante o un demente), como tampoco las producidas de manera fortuita¹¹⁷.

1. Provocación dolosa.

Es aquella en que el sujeto provoca a otro de manera deliberada y con la intención de que este se altere anímicamente al punto de que cometa una agresión ilegítima en contra suya o de otro. En este caso el provocador quiere y busca desencadenar en otro sujeto un estado de alteración del

114 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 453.

115 GÓMEZ, Orlando, op. cit., p. 173.

116 En este sentido: JAKOBS, Günther, op. cit., p. 486; ROXIN, Claus, op. cit., tomo I, p. 644; LOOS, Fritz, op. cit., p. 259; FRISTER, Helmut, op. cit., p. 334.

117 LUZÓN, Diego: *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., p. 421.

ánimo (irritación, rabia), con la finalidad que presa de este estado agrede ilegítimamente a alguien.

La provocación dolosa no solamente puede cometerse con dolo directo, sino que también puede cometerse con dolo eventual, es decir, cuando el autor se representa como posible que su conducta sea una provocación suficiente, pese a ello la aprueba y lleva a cabo. La representación sobre la eventualidad debe recaer tanto sobre el efecto provocador de la conducta como también sobre la suficiencia. En efecto, puede ocurrir que el sujeto se represente que su conducta eventualmente pueda provocar a alguien, pero que nunca se haya representado que fuera lo suficientemente provocadora al punto de desencadenar que el provocado agrede a otro. Estimamos que este caso, en que el dolo eventual sólo recayó sobre el carácter provocador de la conducta, pero no sobre su suficiencia, debe estimarse como un caso de provocación suficiente culposa.

Dentro de la provocación dolosa se distinguen a su vez dos tipos: la provocación simplemente dolosa y la provocación intencionada o pretexto de legítima defensa. En la primera, el sujeto quiere enojar o exasperar a otro, pero sin pretender suscitar una agresión antijurídica por parte del provocado. Por ende, no existe *a priori* en el provocador la intención de agredir al provocado en caso que éste ataque.

En cambio, en la provocación intencional, también llamada provocación dolosa, preordenada, *pretextus defensionis* o simulación de legítima defensa, el autor realiza el acto provocador con la intención de que el provocado lo agrede para luego poder lesionarlo impunemente al amparo de la justificante de legítima defensa¹¹⁸. Según Jiménez de Asúa, se trata de un pretexto de legítima defensa, el provocador aparece como externamente necesitado de evitar el peligro, ha realizado habilidosas maniobras para justificar sus violencias, agregando que esta figura nada tiene que ver con la legítima defensa¹¹⁹. En definitiva, el provocador intencional es el verdadero agresor ilegítimo, instrumentaliza al provocado con la finalidad de poderle lesionar o matar con apariencia legítima¹²⁰.

En Chile varios de nuestros penalistas, siguiendo a la doctrina germana, niegan la legítima defensa completa e incompleta al provocador

118 ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, op. cit., p. 239; HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian, op. cit., p. 99.

119 JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, op. cit., tomo IV, p. 202.

120 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 458.

intencional o de pretexto, quien tendrá plena responsabilidad penal por la acción cometida en contra del provocado¹²¹. Distinta es la posición de Politoff, Matus y Ramírez, quienes siguiendo a Jiménez de Asúa sostiene que el provocador no tiene por qué soportar impávido un ataque contra su vida, pudiendo ejercer una defensa degradada por exceso en la causa, caso en el cual se debe reconocer la eximente incompleta del art. 73 del CP, o bien, si hay riesgos para la vida o integridad física con efectos anímicos en el sujeto, puede haber una exclusión completa de la culpabilidad por no exigibilidad a través de la eximente de miedo insuperable del art. 10 N° 9 del CP¹²².

2. La provocación culposa.

En la provocación culposa, el sujeto obra sin intención o dolo de provocar a otro, pero su conducta, valorada razonablemente conforme a todas las circunstancias del caso concreto, permite considerar a la agresión como una consecuencia adecuada y previsible de la infracción del deber del agredido¹²³. Eser y Burkhardt la denominan “inmisión culposa en una situación de riesgo”¹²⁴. El sujeto provocador no ha buscado enojar o irritar a otro, ni siquiera ha querido originar conflicto alguno. Pero, debido a una conducta imprudente, que se traduce en no prever que su actuar previo tenía el potencial para desencadenar una agresión ilegítima en su contra, se ha visto enfrentado a una situación de riesgo para sus bienes jurídicos. Por lo tanto, la culpa reside en que el sujeto no prevé el peligro que puede generar su conducta, la cual hubiese abstenido de realizar si hubiese empleado un mayor grado de diligencia. Al igual que la provocación dolosa, aquí también se exige que la conducta provocadora tenga cierta gravedad, esto es, que sea antijurídica y también que la reacción del provocado sea previsible por parte del provocador¹²⁵.

121 En este sentido: ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., tomo I, p. 257; COUSIÑO, Luis, op. cit., tomo II, p. 301; NOVOA, Eduardo, op. cit., tomo II, p. 349

122 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, op. cit., tomo I, p. 222.

123 ROXIN, Claus, op. cit., tomo I, p. 644.

124 ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, op. cit., p. 240.

125 ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, op. cit., p. 241; ROXIN, Claus, op. cit., tomo I, p. 644; IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., p. 477.

La mayoría de la doctrina hispana¹²⁶ y germana¹²⁷ admite la provocación culposa como suficiente para excluir la legítima defensa plena o perfecta. Sin embargo, en contra se pronuncia Cousiño, quien, desde la óptica de la teoría finalista de la acción, señala que jurídicamente los términos “provocación” e “imprudente” son antónimos, ya que no puede concebirse una provocación sin su elemento subjetivo como un inseparable *ad latere*, es decir, la acción finalista que tiene como meta enojar o irritar a otro. Por lo tanto, concluye, en los casos de provocación culposa siempre existe la posibilidad de legítima defensa frente al ataque del putativamente provocado¹²⁸.

Se distinguen dos tipos de provocación culposa: con culpa consciente, es decir aquella en que el provocador reconoce y acepta la posibilidad de que su conducta pueda ocasionar que otro agrede ilegítimamente, pero lo estima como improbable; con culpa inconsciente, en que el sujeto no prevé que su conducta puede provocar a otro a cometer una agresión ilegítima, pudiendo haber pronosticado tal resultado si hubiese empleado un poco más de diligencia¹²⁹.

Respecto del provocador que obra con culpa inconsciente, se reconoce el derecho a ejercer la legítima defensa plena contra la agresión que ha provocado, ya que el sujeto no la ha esperado, viéndose sorprendido por los acontecimientos. En consecuencia, este provocador se vería expuesto a una situación de peligro más grave que la del provocador doloso y culposo consciente, necesitando una mayor protección. Sin embargo esta solución ha sido criticada, ya que la procedencia de la justificación quedaría entregada al fuero interno del provocador, por lo que debería recurrirse a un criterio objetivo para evaluar su conducta precedente¹³⁰.

126 LUZÓN, Diego: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, op. cit., p. 566; BACIGALUPO, Enrique, op. cit., p. 126; ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho penal*, op. cit., p. 494; CREUS, Carlos, op. cit., tomo I, p. 319.

127 MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz, op. cit., tomo I, p. 457; WESSELS, Johannes, op. cit., p. 97; ROXIN, Claus, op. cit., tomo I, p. 641; JAKOBS, Günther, op. cit., p. 487; FRISTER, Helmut, op. cit., p. 334.

128 COUSIÑO, Luis, op. cit., tomo II, pp. 304 y 305.

129 IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., pp. 471 y 472.

130 *Ibidem*, pp. 472, 475 y 476.

VII. CONCLUSIONES.

1. Existe acuerdo en la doctrina respecto a que el requisito de falta de provocación suficiente en la legítima defensa no se refiere a provocar u originar la agresión ilegítima en un sentido meramente causal. Se trata de un requisito cuya concurrencia debe determinarse con arreglo a un criterio normativo- valorativo.

2. Ninguna de las tesis formuladas por la dogmática jurídico-penal sobre la suficiencia de la provocación arroja resultados completamente satisfactorios, situación que atenta contra la seguridad jurídica, al no existir un criterio uniforme que permita anticipar sobre cuando estamos en presencia de una provocación cuya entidad impida reconocer la legítima defensa plenamente justificada al provocador. Es por ello que *lege ferenda* se ha abogado por su eliminación.

3. No obstante lo anterior, hay consenso en cuanto a que la suficiencia debe determinarse en cada caso en concreto, comparando el acto provocador con la agresión desencadenada, e igualmente, en cuanto a que entre ambos actos debe existir continuidad o inmediatez temporal.

4. Elemento común a varias de las teorías sobre la suficiencia es la proporción que debe existir entre el acto provocador y agresión ilegítima, en cuanto a que no es posible negar al provocador el derecho ejerce legítima defensa plenamente justificada cuando la reacción agresiva del provocado es absolutamente desproporcionada en relación a la entidad de la provocación.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTÓN, José: *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, segunda edición.

ATIENZA, Manuel y RUÍZ, Juan: “Principios y reglas”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 10, Universidad de Alicante, Marcial Pons, 1991.

BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1998.

BUNSTER, Álvaro: “Defensa legítima”. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: *Diccionario Jurídico Mexicano*, vol. III. Ediciones UNAM, ciudad de México, 1983.

- BUSTOS, Juan: *Obras completas*, tomo I. ARA Editores, Lima, 2004.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán: *Lecciones de Derecho penal*, tomo II. Trotta, Madrid, 1999.
- CARRARA, Francesco: *Programa del curso de Derecho criminal*, vol. I. Editorial Jurídica Continental, San José, 2000, (trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos).
- CARRIÓN, Jenaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, segunda edición.
- CARMIGNANI, Giovanni: *Elementi di Diritto criminale*. Francesco Sanvito Editore, Milano, 1876, (traduzione di Caruana Dingli).
- CANCIO, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo: *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- CASTEJÓN, Federico: *Derecho penal*. Reus, Madrid, 1931.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español*. Parte general, tomo II. Tecnos, Madrid, 1997, quinta edición.
- CEREZO MIR, José: “El versari in re ilícita en el Código penal español”. En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 15, núm. 1, Madrid, 1962.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES, Tomás: *Derecho penal*, parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, quinta edición.
- COUSIÑO, Luis: *Derecho penal chileno*. tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor: *Código penal comentado*. Parte general. Albeledo Perrot, Santiago, 2011.
- CURY, Enrique: *Derecho penal*, parte general, 2 Vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, segunda edición.
- CREUS, Carlos: *Derecho penal*, parte general, tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, quinta edición.
- DE RIVACOBBA, Manuel: *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1974.

DÍEZ RIPOLLÉS, José: *Derecho penal español*, parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, quinta edición.

DEL RÍO, Raimundo: *Derecho penal*, tomo II. Editorial Nascimento, Santiago, 1935.

DOPICO, Jacobo: “¿Posición de garante derivada de la legítima defensa? La paradoja Rudolphi”. En: *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre-2018, Barcelona. Disponible en Internet: https://www.researchgate.net/publication/330738871_Posicion_de_garante_derivada_de_legitima_defensa_La_paradoja_de_Rudolphi (última consulta 09 de febrero del 2021).

ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho penal*, 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, tercera edición.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn: *Derecho penal*. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias. Editorial Colex, Madrid, 1995, (trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá).

FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código Penal*, 4 vols.. Editorial Sucesores de Nogués, Murcia, 1946.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Derecho penal*, Parte general. Temis, Bogotá, 2006, (traducción de Luis Fernando Niño).

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho penal*. Introducción y parte general. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

FUENSALIDA, Alejandro: *Concordancias i comentarios al Código penal chileno*, tomo I. Imprenta Comercial, Lima, 1883.

FRÍAS, Jorge; CODINO, Diego y CODINO, Rodrigo: *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

FRISTER, Helmut: *Derecho penal*, Parte general. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, (trad. Marcelo Sancinetti).

GARRIDO, Mario: *Derecho penal*, tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, tercera edición.

GOMÉZ, Orlando: *La legítima defensa*. Temis, Bogotá, 1991.

HENKEL, Heinrich: *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, (trad. José Luis Guzmán Dálbora).

HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian: *Derecho penal*. Parte general. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, (trad. De Leandro Dias y Marcelo Sancinetti).

IGLESIAS, Miguel: *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Consideración especial a las restricciones ético-sociales. Comares, Granada, 1999.

IGLESIAS, Miguel: *Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos, Burgos, 1999.

JAKOBS, Günther: *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, Madrid, 1995, (trad. Joaquín Cuello y José Luis González de Murillo).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal*, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 1982, tercera edición.

JUBERT, Joshi: *La doctrina de la “Actio libera in causa” en el Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1992.

LABATUT, Gustavo: *Derecho penal*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, novena edición.

LOOS, Fritz: “Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación”. En: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, cuarto año, edición 5/2009, (trad. Ezequiel Malarino). Págs. 257-265. Disponible en internet: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_320.pdf (última consulta 06/05/2019).

LUZÓN, Diego: *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, tercera edición.

LUZÓN, Diego: “Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 47, Fasc. / Mes 3, Madrid, 1994.

LUZÓN, Diego: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, segunda edición.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz: *Derecho penal*, Parte general, tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1994, (trad. Jorge Bofill y Enrique Aimone).

MERA, Jorge: “Comentario al art. 11 N° 3 del Código Penal”. En: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (Dir.): *Código Penal comentado*, parte general. Abeledo Perrot, Santiago, 2011.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal*. Parte general. Reppetor, Barcelona, 2016, décima edición.

NÁQUIRA, Jaime: *Derecho penal*. Teoría del delito. Mac Graw Hill, Santiago, 1998.

NINO, Carlos: La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico. Astrea, Buenos Aires, 2002.

NOVOA, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno*, Parte general, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, novena edición.

NÚÑEZ, Ricardo: *Tratado de Derecho penal*, 4 vols. Lener, Buenos Aires, 2000.

ORTÍZ, Pedro: “Provocación, agresión y defensa”. En: Londoño, Fernando y Maldonado, Francisco (Ed.): *Clásicos de la literatura penal en Chile*, tomo I. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

PACHECO, Joaquín: *Código penal concordado y comentado*, vol. I. Imprenta Manuel Tello, Madrid, 1881, quinta edición.

PALERMO, Omar: *Legítima defensa*. Una revisión normativista. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia: *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte general, tomo I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; ORTÍZ, Pedro y otros: *Texto y comentario del Código penal chileno*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002.

QUINTERO, Gonzalo: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Aranzadi, Navarra, 2002, tercera edición.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, vigésima tercera edición, versión en línea: <https://dle.rae.es>

RIGHI, Esteban: *Antijuricidad y justificación*. Lumiere, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, Claus: *Derecho penal*, Parte general, tomo I. Civitas, Madrid, 2006, (Trad. Diego Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remensal).

SILVELA, Luis: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo II. Imprenta Fortanet, Madrid, 1874.

SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, 4 vols. TEA, Buenos Aires, quinta edición, 1992.

STRATENWERTH, Günther: *Derecho penal*, Parte general. Depalma, Buenos Aires, 2016, (trad. Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti).

TAVARES, Juárez: *Fundamentos de teoría do delito*. Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018.

VALLE MUÑIZ, José: “Fundamentos, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XLV, fascículo II, Madrid, 1992.

WESSELS, Johannes: *Derecho penal*, parte general. Depalma, Buenos Aires, 1980, (trad. Conrado Finzi).

WILENMANN, Javier: *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Marcial Pons, Madrid, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio; ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho penal*, Parte general. Ediar, Buenos Aires, 2007, segunda edición.

ZILIO, Jacson: *Legítima defensa*. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del Derecho penal. Didot, Buenos Aires, 2012.