

2. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Delito de homicidio consumado. Eximente de responsabilidad penal. Requisitos de la legítima defensa. Concepto, alcances y presupuestos de procedencia de la “falta de provocación suficiente” necesaria para configurar la eximente de autos.

HECHOS

Ministerio Público deduce recurso de nulidad penal en contra sentencia que absolvió a imputado del delito de homicidio consumado. Analizados los antecedentes se rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Rancagua.*

ROL: *1986-2021, de 4 de enero de 2022.*

MINISTROS: *Srs. Jorge Fernández S. y Bárbara Quintana L.*

DOCTRINA

Que, al efecto, el tribunal aborda expresamente el punto cuestionado en los considerandos decimoctavo y decimonoveno del fallo, explicando que este tercer requisito de la legítima defensa, también se configura en la especie. Señalan los sentenciadores en el primer considerando citado que “se debe entender por provocación ‘irritar o estimular a uno, con palabras o actos, para que se enoje’ o bien ‘todo comportamiento que haya tenido alguna influencia en el desencadenamiento de la agresión ilegítima del provocado’, debe tratarse de una conducta antijurídica y 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 agresiva. (Kendall. Rev. Cs Sociales U. Valparaíso. N° 78-2021, pp. 119 y ss.). Asimismo, debe ser eficaz, adecuada y bastante para causar una reacción violenta próxima e inmediata, no la constituyen el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, ni la sola existencia de una riña anterior. (Matus y Ramírez. Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 272). Pero no basta la provocación la ley exige

también la suficiencia ya que no se niega por la ley 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 ... 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”. (Kendall. Rev. Cs Sociales U. Valparaíso. N° 78-2021, pp. 119 y ss.). La jurisprudencia, ha señalado, que ninguno de los elementos enunciados como presupuestos de la justificante se encuentra definido por el legislador, de suerte que es facultad del sentenciador determinar si ellos concurren en el caso a dilucidar, de lo que resulta que se inclina por evaluar de manera amplia y casuística la concurrencia de la falta de provocación suficiente, al igual que los otros requisitos de la legítima defensa (CS. rol N° 1099-2003. 17.10.2005).

Que así las cosas, y tal como lo decidió el tribunal, no se advierte en la especie la verificación de algún hecho que permita configurar una “provocación suficiente” por parte de quien se defiende, pues la mera circunstancia de buscar a la víctima e increparla por la sustracción de la bicicleta de su hijo, objetiva ni subjetivamente configura un actuar capaz de generar la reacción que tuvo el occiso, saliendo a enfrentar a aquél con un cuchillo, lo que motivó que se trenzaran en un forcejeo, generando el desenlace posterior, esto es “cayendo ambos al suelo, dinámica en la cual el acusado procede a dirigir las manos de N.B. que tenía el cuchillo ya referido hacia el cuerpo de éste último, que le provocó una herida cortopunzante en su zona abdominal que momentos después le provocó muerte”, según hecho acreditado por el tribunal e inamovible para esta Corte (considerandos 5° y 7° de la sentencia de Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/17843/2022

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 10 N° 4 del Código Penal.

FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

NICOLÁS ACEVEDO VEGA*
Universidad Nacional Andrés Bello

El fallo analizado –rol N° 1986-2021 de la Corte de Apelaciones de Rancagua– se pronuncia sobre el recurso de nulidad por error de derecho interpuesto por parte del Ministerio Público en contra de una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, que absolvió a una persona de su imputación por el delito de homicidio simple. De acuerdo con la sentencia recurrida, el acusado habría actuado en legítima defensa propia, al haber matado a otro en el contexto de un forcejeo en el que la víctima se abalanzó contra el acusado portando un cuchillo, el que fue desviado por el acusado hacia el cuerpo de la víctima, provocándole la muerte. La agresión habría tenido como antecedente la acción del acusado: este último increpó a la víctima por una supuesta sustracción de una bicicleta.

Tanto el fallo del Tribunal de Juicio Oral como la sentencia comentada se pronuncian sobre la posible concurrencia del requisito establecido en la circunstancia tercera del artículo 10 N° 4 del Código Penal (CP), esto es, la “[f]alta de provocación suficiente por parte del que se defiende”. Ambos tribunales coinciden en afirmar que no solo el acusado cumplía con los restantes requisitos de la legítima defensa –agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado–, sino también con el requisito establecido en la circunstancia tercera. Así, el solo acto de increpar a una persona para pedirle que aclare si sustrajo una especie no podría constituir una provocación suficiente que desestime el carácter permitido de la acción defensiva.

El tribunal de alzada, citando para ello a Couso y Hernández, y Náquira, destaca que el requisito de ausencia de provocación suficiente no puede ser entendido como sinónimo de agresión ilegítima. Ello, en tanto, la agresión ilegítima supone su antijuricidad, y, por consiguiente, no puede estar precedida a su vez de una agresión antijurídica. Ahora bien, el argumento no es concluyente, pues podría existir una agresión ilegítima que genere una reacción defensiva, que a su vez carezca de necesidad racional¹. En tal caso, la reacción defensiva constituiría una agresión antijurídica. Sin perjuicio de ello, la razón más bien

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Andrés Bello.

¹ En este sentido, Jakobs, quien califica como provocación la agresión ilegítima que a su vez genera un contraataque que carece de necesidad en la defensa. JAKOBS, Günther, *Derecho*

está dada por la interpretación del significado del término “provocación”: este denota un concepto más amplio de la agresión, existiendo también consideraciones sistemáticas a favor de esta postura².

La Corte adhiere a esta posición dominante en torno a la calificación de la provocación como algo más amplio que la agresión ilegítima³. La Corte analiza, en primer lugar, las exigencias del concepto de provocación, coincidiendo con Náquira, en cuanto a su comprensión como una acción u omisión idónea objetivamente para motivar a una persona a una agresión, no siendo su calificación conforme a un patrón subjetivo, sino objetivo. Por su parte, la exigencia de suficiencia, según la Corte y siguiendo al mismo autor, se vincularía con una exigencia de proporción o equivalencia con la agresión generada. Ahora bien, la Corte no clarifica explícitamente si, en su criterio, en este caso se cumpliría con la circunstancia tercera por no existir “provocación” o bien por no ser ésta “suficiente”. Implícitamente, parece sostener lo primero, al señalar que la mera circunstancia de increpar a la víctima por la sustracción de la bicicleta no configura objetiva o subjetivamente un actuar capaz de generar la reacción agresiva.

Ahora bien, no es evidente que pueda descartarse, sin más, la existencia de una provocación en este caso. Desde ya, su interpretación conforme a nuestra doctrina nacional coincide en centrarse en su idoneidad para irritar, molestar o producir en otro el ánimo de agredir⁴. Ciertamente, con independencia de la intencionalidad del acusado, es posible sostener que su actuar motivó la irritación o enfado que motivó la agresión. Por cierto, esta motivación no debe explicarse en términos de su legitimidad ni tampoco en términos de una reacción defensiva del agresor, sino más bien por el condicionamiento del actuar de este último: parece razonable que quien personalmente se dirige a increpar a una persona por un supuesto delito, es capaz de generar una agresión por el destinatario de

Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons (1997), p. 487.

² Analizando el problema, pero llegando a diferentes conclusiones, véase NINO, Carlos, *La legítima defensa*, 3ª reimpression. Buenos Aires: Astrea (2005), pp. 138 y ss. A favor, de la interpretación amplia, NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno, Parte general, tomo I*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), pp. 347 y ss., dando argumentos de interpretación sistemática referidos al artículo 10 N°s. 5 y 6, así como el artículo 11 N° 3 CP.

³ Entre otros, véase NOVOA, ob. cit., pp. 347 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 257.

⁴ Véase, entre otros (también citados por el fallo del Tribunal de Juicio Oral), NOVOA, ob. cit., p. 348; ETCHEBERRY, ob. cit., p. 257.

la imputación. Y ciertamente, no escapa a la previsión de un hombre medio dicha posibilidad.

La cuestión más bien debe centrarse en la suficiencia de la provocación. Si bien la ley no define qué debe entenderse por suficiencia, existen distintas teorías en el derecho nacional y comparado que buscan desentrañar su significado, existiendo un importante sector de la doctrina que lo identifica con una exigencia de antijuricidad (tesis de la agresión)⁵. Al respecto, la Corte reproduce uno de los considerandos del fallo del Tribunal Oral, que, en lo pertinente, califica como acción “lícita” la acción del acusado. Y aquí parece haber una cuestión que no es objeto de análisis explícito por parte de la Corte: la imputación del acusado no debiera calificarse, sin más, como lícita, pues razonablemente podría satisfacer los elementos típicos del delito de calumnia, en la medida de que se trata de la imputación falsa de un delito determinado, y susceptible de ser perseguido de oficio –considerando que no existe constancia de que la imputación haya sido verdadera, ni menos que haya existido una sentencia condenatoria que validara tal imputación–. Pero incluso dejando de lado la falsedad de la imputación y el conocimiento de la misma, esta podría razonablemente considerarse injuriosa, al ejecutarse en deshonor, descrédito o menosprecio de la otra persona en los términos del artículo 416 del Código Penal. Por consiguiente, no es claro, que nos encontremos ante una acción lícita por parte del acusado. Solo subjetivamente podría plantearse un eventual desconocimiento de los hechos del acusado que pudiera impactar en el dolo imputable a su conducta.

La existencia de una acción eventualmente ilícita por parte del acusado podría generar una consecuencia adicional: la negación de la existencia de una agresión ilegítima por parte de la víctima. Sin embargo, ello debiera descartarse, en la medida que quien reacciona en defensa de su honor no puede racionalmente pretender emplear como medio de defensa una acción homicida⁶. Ello contravendría un principio de solidaridad mínima como límite a la legítima defensa, que se encontraría implícitamente contenido en la necesidad racional del medio empleado⁷.

⁵ Al respecto, véase KENDALL, Stephen, “La falta de provocación suficiente en la legítima defensa”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 78, pp. 131 y ss., quien también es citado por el fallo del Tribunal de Juicio Oral.

⁶ Empleando un ejemplo similar para reconocer la legítima defensa, véase NINO, ob. cit., p. 138.

⁷ Sobre la solidaridad como base de la exigencia de necesidad racional, véase lo sugerido por VAN WEEZEL, Alex, “Caso ‘agresor desarmado’. Necesidad racional del medio de defensa. SCA Talca, 21/12/1956 y SCS, 13/06/1957”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIV,

Ahora bien, a mi juicio, el análisis de la suficiencia de la provocación no debiera descansar única y exclusivamente en el carácter ilícito o antijurídico de la misma. Para ello es preciso atender al fundamento de la legítima defensa y las restricciones ético-sociales que deben imponérsele a la misma⁸. Si la legítima defensa se encuentra fundada en la autonomía formal y su restricción viene dada por un principio de solidaridad mínima, entonces el grado de afectación formal de la autonomía impacta en la apreciación de las consecuencias materiales que se siguen de la ejecución de la facultad de defensa⁹. Así, frente a una agresión antijurídica que pone en peligro la vida del afectado, como es en este caso –la víctima se abalanzó con un cuchillo en contra del acusado– es razonable que el ordenamiento jurídico imponga limitaciones mínimas a la facultad de defensa¹⁰. Precisamente las restricciones a la legítima defensa que impone el legislador son un reconocimiento de esta ponderación de intereses que debe realizarse en el caso concreto: de ahí la necesidad racional del medio empleado. Por su parte, la suficiencia de la provocación del agredido constituye una cláusula de textura abierta que contribuye a evaluar el grado de sacrificio que le es exigible a quien, mediante su injerencia, ha generado un conflicto cuyo costo puede estar obligado a soportar en el caso concreto¹¹. Esto, por cierto, supone una toma de postura más cercana a las tesis de la proporcionalidad, de la renuncia a la protección legal o de la adecuación empírico-cultural de la provocación, aun cuando no se identifica con ninguna de estas, por las deficiencias a las que se encuentran expuestas¹².

En este sentido, no todo provocador deberá soportar el sacrificio de sus intereses, aun cuando haya contribuido a la generación del conflicto: este es precisamente el caso, pues quien ofende con palabras a otro, si bien realiza una provocación antijurídica dolosa –sin pretender crear una agresión violenta– no

Segunda Parte, Sección Cuarta, en VARGAS, Tatiana (dir.) *Casos destacados Derecho Penal. Parte General*. Santiago: LegalPublishing (2015), pp. 331 y ss.

⁸ Sobre las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa y una categorización de las mismas, véase ZILIO, Jacson, *Legítima defensa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot (2012), pp. 265 y ss.

⁹ Sobre la autonomía y la solidaridad vinculada a los derechos de necesidad y defensa, véase WILENMANN, Javier, “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho Penal”, en *Indret*, 3 (2014), *passim*.

¹⁰ Así, WILENMANN, ob. cit., p. 26.

¹¹ Sobre la injerencia como fundamento del requisito de falta de provocación de la legítima defensa, véase JAKOBS, ob. cit., pp. 485 y ss.

¹² Sobre las críticas a estas teorías, véase KENDALL, ob. cit., pp. 134 y ss.

pierde el derecho a legítima defensa¹³. Como contrapartida, es exigible una mayor restricción de la defensa, siendo admisible una lesión grave a los intereses del agresor sólo cuando el provocador no pueda evitarlo ni le alcance un medio defensivo de menor entidad¹⁴. Lo anterior es concordante con las restricciones ético-sociales exigibles a la defensa de quien es responsable por la situación de conflicto que ha creado¹⁵. En el presente caso, no siendo posible la elusión de la agresión debía entenderse que el acusado se encontraba amparado por la legítima defensa.

En conclusión, a mi juicio existe un acierto en la conclusión a la que llegan el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y la Corte de Apelaciones: existe legítima defensa pues se configura la circunstancia de falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. No obstante, ello no se debe a la falta de provocación, sino al límite impuesto por la exigencia de “suficiencia” de la provocación. No puede, en este sentido, exigírsele a quien causalmente ha condicionado una agresión ilegítima, mediante la imputación de un delito al agresor, tener que soportar el sacrificio de su propia vida, como coste asociado a dicha provocación. Lo contrario sería imponer un deber de solidaridad excesivo que no es suficiente para renunciar a la permisón de la conducta, conforme a la causal de legítima defensa.

¹³ Así, explícitamente sobre las ofensas, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed. Granada: Comares (2002), p. 372. También, ZILIO, ob. cit., pp. 289 y ss.

¹⁴ JESCHECK y WEIGEND, ob. cit., p. 372.

¹⁵ ZILIO, ob. cit., pp. 289 y ss.