

turo § 216, que castigará la homosexualidad, sólo podrán subsumirse acciones análogas al coito. No es posible entrar aquí en los argumentos de todo tipo —históricos, jurídicos, médicos, psicológicos— a que acude el autor para demostrar lo desacertado de prohibir, bajo la amenaza de una pena, la homosexualidad entre varones adultos. Me limito a recoger un interesante dato al que hace referencia von Schumann: En una encuesta de carácter universal realizada en 1957 por la Organización Internacional de Policía Criminal, negaron la mayoría de los países consultados que la homosexualidad tenga una especial significación delincuencia.

ENRIQUE GIMBERNAT

### **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**

**Tomo 75, 1963, fasc. 4.**

**ROXIN, Claus: Die provozierte Notwehrlage («La situación de legítima defensa provocada»).**

El trabajo de Roxin es una contribución importante para la delimitación del derecho de defensa. Según la opinión dominante en la doctrina alemana (recogida en las propuestas de Eb. Schmidt y Schwalm en la Comisión de reforma del Código penal alemán) no se da la eximente cuando la situación de defensa ha sido provocada «intencionadamente» por el sujeto. Según la teoría de la «actio illicita in causa», formulada por Baumann y sustentada también —con variaciones importantes, que no podemos detallar aquí— por Lenckner y Schröder, la conducta defensiva del provocador que lesiona los bienes jurídicos del provocado está amparada por la legítima defensa, pero el provocador responde de la lesión de dichos bienes jurídicos —a título de dolo o culpa— por haber provocado la situación de defensa.

Roxin pone de manifiesto la fragilidad de esta construcción de la «actio illicita in causa», en relación con la fundamentación de la causa ilícita, la justificación de la conducta defensiva del provocador y las consecuencias que se derivan para la autoría y la participación y la delimitación de los actos preparatorios y la tentativa.

Roxin considera, acertadamente, que sólo mediante el principio del abuso de los derechos (el abuso es un límite inmanente de todos los derechos) es posible delimitar correctamente en estos casos el derecho de defensa. Rechaza, sin embargo, el criterio de la opinión dominante, por ser, en un sentido, demasiado amplio (la provocación intencional de la situación de defensa excluye siempre la justificación), y en otro, demasiado restringido (porque no tiene en cuenta los casos en que la provocación no es intencional, pero es dolosa, culposa o de algún otro modo culpable).

Roxin agrupa los casos que se han presentado en la práctica de su país. Distingue en el plano subjetivo según que la situación de defensa haya sido creada intencionada, dolosa, culposamente o de otro modo culpable. En el plano objetivo distingue según que la acción provocadora sea exigida por el

Derecho, autorizada por el Derecho, antijurídica o reprochable desde el punto de vista de la Ética social. En la provocación intencionada y dolosa de la situación de defensa llega a las mismas conclusiones. Si la conducta provocadora era exigida por el Derecho o era jurídicamente lícita, el sujeto puede invocar la legítima defensa para rechazar la agresión injusta del provocado. En el primer caso, la intención o dolo del sujeto no puede alterar el sentido social de la acción. En el segundo supuesto, para llegar a esta solución, Roxin se ve obligado a rechazar (de un modo convincente a mi juicio) la opinión dominante en la doctrina y en la práctica alemanas de que el ánimo de defenderse debe ser predominante, o al menos no debe quedar relegado por el de lesionar u ofender. Roxin cree que basta el dolo de la defensa, es decir que el ánimo de defenderse se dé junto a otros y aunque ocupe un lugar secundario.

Cuando la conducta provocadora era antijurídica —pero no constituía agresión ilegítima, que pudiera servir de base, a su vez, a la legítima defensa— el procesado queda privado, según Roxin, del derecho de defensa. Al crear, intencionada o dolosamente, la situación de defensa con una conducta antijurídica abusa del derecho de defensa. No puede invocar ya la representación y defensa del ordenamiento jurídico, ni la necesidad de autodefensa (porque se ha colocado voluntariamente en la situación de defensa para lesionar a otro). Lenckner, como ya antes nuestro Silvela, observa que el provocador se ve entonces en la dura alternativa de tolerar la agresión «injusta» del provocado o defenderse. Roxin señala, sin embargo, que su criterio (que es en este punto el de la opinión dominante) no implica una legalización de la venganza privada del provocado, porque la conducta de éste sigue siendo antijurídica y que no existe, en rigor, un deber de tolerar la agresión por parte del provocador. En la práctica, sin embargo, la negación del derecho de defensa implicará muchas veces un deber de tolerancia. Es cierto, sin embargo, que el reconocimiento del derecho de defensa implicaría una contradicción con el fundamento de la eximente (la defensa del Derecho y la necesidad de la defensa).

Si la conducta provocadora es reprochable, desde el punto de vista ético-social, queda privado también su autor, según Roxin, del derecho de defenderse. También aquí el provocador abusa del derecho de defensa.

Cuando la provocación es culposa o el que provoca dolosamente no prevé o confía en que no se produzca la reacción antijurídica del provocado, o la reacción excede de los límites previstos, el provocador está amparado por el derecho de defensa. Es cierto, dice Roxin, que no puede invocar ya la calidad de defensor del ordenamiento jurídico, pero sí la necesidad de defensa. El provocador no ha contado con la agresión, se ve sorprendido por ella y necesita, por tanto, ayuda. Es preciso, sin embargo, que el provocador no pueda sustraerse a la agresión. Si puede hacerlo y se defiende, abusa de su derecho. En el mismo sentido resuelve Roxin los casos en que la provocación no es culposa —por faltar la culpa respecto a la creación de la situación de defensa—, pero es de algún modo culpable.