

«Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá (1)

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de si es posible imputar una conducta posterior, impute en sí misma, a la previa conducta dolosa o imprudente con la que el mismo sujeto ha provocado el hecho posterior, se discute casi siempre en la doctrina penal a propósito de la *actio libera in causa*, es decir, de aquellos casos en que falta la culpabilidad o incluso la acción al realizar el hecho —o, con más precisión, la parte objetiva del tipo—, pero dicha situación ha sido causada (provocada) por una anterior conducta, dolosa o imprudente al menos, y culpable del propio sujeto. Ahora bien, en el caso de anterior provocación de una conducta típica pero amparada por una causa de justificación una parte de la doctrina sostiene que también le es aplicable una construcción sobre la imputación análoga a la a.l.i.c., esto es, la figura de la *actio illicita in causa*.

Según esta construcción, en la última fase, la causación del resultado típico o, en general la realización de la acción típica, dada la concurrencia de una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad, estaría en sí misma permitida, es decir que no sería antijurídica; pero si anteriormente el propio sujeto ha provocado injustificadamente y dolosa o imprudentemente la si-

(1) Versión ampliada de la ponencia presentada a las Jornadas sobre «La política criminal y el sistema del Derecho penal» celebradas en Barcelona del 16 al 18-VI-1994 en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña, con motivo de la concesión del Doctorado honoris causa de la Univ. de Barcelona al Prof. Dr. Claus Roxin.

tuación de justificación y la subsiguiente acción típica, entonces, debido a su creación antijurídica de una situación de colisión en la que jurídicamente se tiene que tolerar el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente del hecho (esto último en caso de que sea punible la modalidad comisiva impudente). Así pues, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquélla y se imputa esa actividad posterior en sí misma no prohibida y, en su caso, su resultado a la primera acción.

II. PRESUPUESTO: SUBSISTENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SEGUNDA ACCIÓN A PESAR DE LA PROVOCACIÓN

La posibilidad de recurrir a la construcción de la a.i.i.c. presupone que al menos haya algunos casos en que, pese a la provocación de la situación, la acción típica siga estando justificada, pues de lo contrario la conducta posterior ya sería antijurídica *in actu* y no haría falta en absoluto acudir a una posible antijuridicidad en origen.

La mayoría de la doctrina reconoce esa justificación de la acción final pese a la provocación de la situación justificante, aunque con diferencias en cuanto a los límites de la justificación. Así p. ej. en la legítima defensa y en el estado de necesidad justificante (2) la doctrina mayoritaria sostiene (como mínimo) que no toda provocación imprudente o incluso dolosa de la situación de necesidad excluye el derecho pleno de legítima defensa o de estado de necesidad (3).

(2) Hablo aquí de estado de necesidad justificante porque, como es sabido, la doctrina mayoritaria defiende la teoría diferenciadora, según la cual hay un estado de necesidad justificante (cuando se pretende salvar un interés preponderante) y otro meramente disculpante (según la doctrina española, cuando hay un conflicto entre intereses iguales, y según la doctrina alemana sólo cuando se trata de salvar intereses muy importantes, propios o de allegados, pero en ese caso se disculpa la lesión de intereses iguales o incluso superiores con tal de que no haya una gran desproporción: cfr. *Roxin*, *Strafrecht AT*, I, 2.^a ed., 1994, 820 s.). Y las posiciones de la dogmática alemana que se exponen a continuación se refieren por eso mismo sólo al «estado de necesidad justificante». Por ello, para no complicar las cosas, utilizo la terminología de la doctrina dominante, con independencia de que personalmente considere preferible la teoría unitaria, según la cual todo estado de necesidad es justificante (por lo que no hace falta añadir este último calificativo), teoría que por lo demás, a diferencia de la regulación del StGB alemán, que no se basa en ella, es perfectamente compatible con la regulación del art. 8, 7.^o de nuestro CP: ver *infra* nota 5.

(3) Respecto de las posiciones en cuanto a la legítima defensa cfr. *Luzón Peña*, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, ComLP, V, 1983, 263 ss. (= *EPen — Estudios Penales —*, Barcelona, 1991, 151 ss.); *Roxin*, *AT*, I, 1994, 559 ss. En cuanto al estado de necesidad, cfr. *Roxin*, *cit.*, 613 ss.; *Mir*, *DP PG*, 3.^a, 1990, 504 ss.

Y en efecto, por lo que respecta a la provocación de la situación de legítima defensa, a mi juicio y con la única excepción de la provocación o reto (o la aceptación de tal provocación) al duelo o a la riña mutua y libremente aceptada, el provocador conserva su pleno derecho a la defensa a pesar de que haya realizado una provocación imprudente, dolosa o incluso intencional. Ello rige también, efectivamente, en la provocación intencionada o de propósito (es decir, buscando que se produzca la agresión para poder reaccionar contra ella en legítima defensa), con tal de que el agente se mantenga en los límites de lo necesario para la defensa (ver al respecto *infra* IV.2), pues por mucho que haya habido una provocación intencional, no es en absoluto algo claro y evidente que el provocador no esté legitimado para defender por sí mismo el orden jurídico y el bien jurídico agredidos. Sólo en caso de provocación (o su aceptación) al duelo o a la riña libremente acordada es ostensible frente a todos que los contendientes —mientras y en la medida que la contienda se mantenga dentro de los límites expresa o tácitamente convenidos y uno de ellos no abandone la lucha— renuncian a la protección del Derecho y a la paz jurídica, que por ello no están legitimados para la defensa del orden jurídico y de sus bienes jurídicos (ni siquiera en el caso de que no sean ambos los que se agradan recíproca y simultáneamente, sino que uno de los contendientes ejerza una defensa meramente defensiva) y que, por consiguiente, para el ordenamiento jurídico no existe la necesidad ni el interés en ser defendido precisamente por esas personas. En consecuencia su actuación no está justificada por legítima defensa (aunque se puede admitir una disminución del injusto partiendo del aspecto individual de la legítima defensa y tenerla en cuenta en la determinación de la pena —en el CP español a través de la exigente incompleta por falta del requisito 3.º del art. 8, 4.º—, en caso de que el rechazo de la agresión se limite a lo necesario para defender los bienes jurídicos) (4).

En el estado de necesidad [tanto en el mayoritariamente considerado justificante (5), o sea, para salvar un interés superior, cuanto

(4) Así, aplicando restrictivamente el criterio propuesto por *Roxin* (ZStW 75 1963, 566 ss., 572 ss., 577 s.), *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en: ComLP, V, 1985, 266, 268 (tb. en mis: EPen, 1991, 154, 156); *Riña* y legítima defensa, LL 1989-3, 487 ss., 494 ss. (= EPen, 1991, 161 ss., 168 ss.).

(5) Sin embargo, debo insistir en que, al menos en Derecho español, a la vista de la regulación unitaria del estado de necesidad para salvar intereses preponderantes o equivalentes por el art. 8, 7.º CP, que admite sin restricciones la acción en estado de necesidad para proteger cualesquiera bienes jurídicos propios o ajenos, se puede defender la «teoría de la unidad», o sea, la concepción que considera siempre el estado de necesidad como causa de justificación. Así una posición muy extendida en la doctrina española: *Gimbernat*, Estudios de DP, Madrid, 1976, 118 ss.; *Luzón*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, 243 ss.; Estado de necesidad e intervención médica (o funcional) en casos de huelga de hambre,

en otras formas de estado de necesidad que a mi juicio también son justificantes, como el estado de necesidad para salvar un interés equivalente o, desde luego, el estado de necesidad defensivo (6)] se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad o incluso de la acción de estado de necesidad por parte de quien posteriormente resulta necesitado excluye ya la justificación de la acción salvadora debido al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del necesitado. Ahora bien, esas razones no se dan si en una provocación intencional, por una parte el provocador y posterior agente salvador y, por otra, el necesitado son personas distintas, es decir si se trata de un estado de necesidad ajeno provocado intencionalmente. Y por lo demás, otras provocaciones meramente dolosas o —aún más claramente— imprudentes (en otros ordenamientos probablemente y en el nuestro con seguridad) tampoco son lo suficientemente graves (7) para modificar los criterios de ponderación de intereses y de exigibilidad en perjuicio del necesitado y para excluir

intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, REP 1987-238, 53 nota 30 (= EPen, 1991, 185 nota 30); *Roldán*, CPC 1983, 509 ss.; *Cuerda*, La colisión de deberes en Derecho penal, Madrid, 1984, 311 ss.; *Gómez Benítez*, Teoría jurídica del delito, DP PG, Madrid, 1984, 380 ss.; *Octavio de Toledo/Huerta*, DP PG, 2.ª, Madrid, 1986, 233 ss.; *Quintero*, DP PG, 2.ª, Madrid, 1989, 477 ss. (No muy lejano a la teoría unitaria *Mir*, DP PG, 3.ª, Barcelona, 1990, 483 ss.). No obstante, aquí no me es posible entrar en la fundamentación material de esa tesis, ni tampoco entrar a discutir la opinión contraria.

(6) El estado de necesidad defensivo, en el que se permite causar un mal incluso superior, pero no desproporcionadamente mayor, cuando se reacciona frente a la persona o cosa fuente del peligro, pero que no llega a constituir una agresión ilegítima, es mayoritariamente admitido como causa de justificación en la doctrina alemana: si la fuente de peligro es una cosa, por la previsión expresa de la «defensa frente a cosas» en el § 228 BGB (Código civil), y si la fuente de peligro es una persona, bien por analogía con el § 228 BGB, bien por aplicación directa del «estado de necesidad justificante» del § 34 StGB: cfr. por todos *Roxin*, AT, I, 1994, 620 ss., 636 s. En la doctrina española, yo mismo he sostenido la apreciación de esa causa de justificación por analogía, por una parte con la legítima defensa, y por otra con el estado de necesidad: cfr. *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en: ComLP, V, 1985, 223 ss. (tb. en EPen, 1991, 113 ss.); recientemente, *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda, Barcelona, J. M.ª Bosch, 1994, *passim*, sostiene que la mayoría de los casos del estado de necesidad defensivo encajan directamente (por modificarse la ponderación de intereses frente a la fuente del peligro) en la causa de justificación del art. 8, 7.º CP.

(7) En Derecho español es seguro que no lo son, pues el art. 8, 7.º, n.º 2.º CP expresamente niega la cobertura por estado de necesidad sólo en el caso de que «la situación de necesidad... haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Sobre ello y lo expuesto en el texto cfr. *Luzón Peña*, Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo, EJCiv (Encicl. Jur. Básica, Civitas), 1995, 2915.

en consecuencia la justificación de la acción realizada en estado de necesidad en sí misma.

III. LAS TESIS CONTRAPUESTAS DE LA VALIDEZ O INVALIDEZ GENERAL DE LA FIGURA DE LA A.I.I.C.

1. Los defensores de la solución de la *actio illicita in causa* la aplican mayoritariamente de modo indistinto tanto a la provocación de la legítima defensa como a la del estado de necesidad justificante (8), pero la idea rectora de la construcción se formula de modo tan general que podría ser aplicada sin más a toda causación innecesaria y «culpable» de una situación de intereses en conflicto que por la ponderación de los mismos fundamenta una causa de justificación cualquiera (p. ej. derechos o deberes propios del ejercicio de un cargo).

Ello ocurre ya en los primeros esbozos, aún no totalmente desarrollados, de fundamentación de la a.i.i.c. Así surge por primera vez en *Kohlrausch/Lange* (9) claramente el concepto de a.i.i.c. para todos los casos en que «el propio autor ha provocado intencionadamente la situación que en sí misma justificaría el hecho, para poder cometer impunemente tal hecho», p.ej. en una situación de legítima defensa provocada intencionalmente; y entonces, de modo análogo a la a.i.i.c., habría «aquí una *actio illicita in causa*, es decir una acción que en el momento de la actuación (p.ej. de la lesión) parece justificada, pero que en definitiva (o sea, *in causa*) es antijurídica». Según *Kohlrausch/Lange* la razón de la punibilidad es «que aquí el momento en el que se comete la acción antijurídica y culpable (el homicidio, las lesiones, etc.) es aquel en el que se crea la “causa de justificación” dolosamente y con voluntad delictiva», y así p. ej. en la legítima defensa la incitación a la agresión es una «condición para el resultado final creada antijurídicamente, una conducta antijurídica y culpable de matar, lesionar o similar» (10). En *Lenckner* (11) queda

(8) Así p. ej. *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.^a, 1961, notas previas al § 51, II 2, 2 a E, § 53 II, V; *Lenckner*, GA 1961, 301 ss.; *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, 104 s.; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2.^a, 1975, 358 ss., 360 nota 56; *Baummann*, Strafrecht AT, 8.^a, 1977, 304 ss., 356.

(9) StGB, 1961, II 2 antes del § 51, pp. 191 s., § 53 V, pp. 205 s. Según *Hruschka*, Strafrecht, 2.^a, 1988, 381 y nota 209, la expresión a.i.i.c., formada con toda probabilidad por *Kohlrausch*, aparece por primera vez en *Liszt/Delaquis*, StGB, 27.^a ed., 1927, elaborada por *Kohlrausch*, nota 5 al § 53.

(10) También es muy escasa la fundamentación en *Schröder*, JR 1962, 187 s.: responsabilidad por la vía de la a.i.i.c., «porque el sujeto ha emprendido anteriormente acciones que fundamentan un reproche frente al mismo»; p. 189: el agredido se ha colocado dolosa o imprudentemente en una situación en la que le resulta imposible esquivar la agresión y «por ello ha de exigirsele responsabilidad por haber

todavía más claro que el hecho posterior está realmente, y no sólo aparentemente, justificado, pues en su opinión el provocador tiene derecho a la legítima defensa pese a su provocación intencionada o no intencionada, pero jurídicamente desaprobada, en caso de que esquivar la agresión no le sea posible, o sólo corriendo peligros muy considerables, con la consecuencia de que «la acción defensiva *como tal...* (es) *conforme a Derecho*». Pero según él no se puede ver aisladamente dicha acción, desligándola de la totalidad de lo sucedido, sino que hay que perseguir la conducta del provocador hasta su origen y comenzar ya allí con la valoración jurídica, lo que conduce a la a.i.i.c.; y la antijuridicidad de la acción *in causa* se deriva del hecho de «que el sujeto ya ha colocado antes con su provocación la causa decisiva de la posterior situación coactiva en la que tiene que lesionar al agresor» (12). Aparte de ello, *Lenckner* alude al paralelismo con la figura de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa jurídicamente (13). De modo similar, *Baumann* propone que en caso de provocación intencional, simplemente dolosa o imprudente de una causa de justificación se aplique la a.i.i.c. y se atienda a la conducta anterior del sujeto que es causal para todo el curso del hecho, fundamentándolo en que la justificación de la segunda acción solamente se refiere a dicha acción, pero no cubre anteriores conductas dispuestas por el sujeto y causales para la totalidad del curso del hecho; por ello en la conducta anterior concurre una realización antijurídica del tipo, ya que la causa de justificación no afecta a esa acción (14). Y también según *Baumann* hay que añadir la similitud con la construcción de la autoría mediata con instrumento

creado él esa situación». *Himmelreich*, GA 1966, 136, defiende la a.i.i.c. con una mera alusión a la situación en que el agente ya no tiene la posibilidad de esquivar antes del comienzo de la agresión, de lo cual se deriva en su opinión responsabilidad por realización del delito dolosa o imprudente, «según que respecto de las consecuencias, es decir de la posterior vulneración del derecho, se le deba reprochar dolo o imprudencia».

(11) GA 1961, 301-303, 312.

(12) Pese a todo hay que mencionar que en caso de provocación no intencional y en sí misma jurídicamente permitida *Lenckner*, GA 1961, 309 s., defiende la concesión de la plena justificación y no aplica la a.i.i.c. Eso significa que en su concepción, si la primera acción es antijurídica, nunca es exclusivamente por haber supuesto una causa de la situación coactiva, sino que la antijuridicidad de la primera acción se deriva, o bien —en caso de provocación intencionada— de la suma de esa creación de la causa con la mala intención, o bien —en caso de provocación no intencional de la situación coactiva— de la suma de la creación de la causa de la situación coactiva con la desaprobación jurídica de la primera acción en sí misma.

(13) GA 1961, 307 nota 31.

(14) Cfr. *Baumann*, MDR 16 1962, 349 s.; Strafrecht AT, 8.ª, 1977, 304 ss. (legítima defensa), 356 (estado de necesidad justificante). De modo distinto, no obstante, *Baumann/Weber*, AT, 9.ª, 1985, 308 s.: rechazo de la figura jurídica de la a.i.i.c. excepto en los casos en los que el provocado no actúa responsablemente.

que actúa lícitamente, ya que, en su opinión, el autor no justificado *in causa* se utiliza a sí mismo como instrumento justificado *in actu* (15).

Otros autores continúan profundizando en la fundamentación de la a.i.i.c. Así *Schmidhäuser*, que también traza el paralelismo con la autoría mediata a través de un instrumento que obra jurídicamente, ve la razón de la antijuridicidad de la causa u origen en el hecho de que la provocación, de modo no permitido o inadecuado, pone los bienes jurídicos del provocado en peligro de lesión por la defensa frente a la agresión y por tanto la conducta provocadora precedente es peligrosa y finalmente lesiva para bienes jurídicos y no hay nada que la justifique (16); y consiguientemente habla de la «creación de una situación de necesidad, fundamentadora del injusto» (17). Pero sobre todo a partir de *Bertel* se pone el acento en la significación de la causación injustificada de la situación de necesidad (de la situación coactiva, en la terminología de *Lenckner*). *Bertel* expone las siguientes ideas sobre la diversa significación de las acciones de provocación y de defensa, ideas que luego puede trasladar fácilmente también al estado de necesidad: «La defensa es conforme a Derecho porque soluciona un conflicto de intereses en el sentido deseado por el ordenamiento jurídico... En cambio, la provocación lo único que ha hecho es precisamente crear el conflicto que luego se soluciona mediante la defensa del provocador, y eso es algo sustancialmente distinto. Es cierto que el ordenamiento jurídico tiene que estar interesado en que se solucionen en su sentido los conflictos en los que chocan entre sí intereses jurídicamente protegidos, pero también es seguro que no puede tener el menor interés en que alguien provoque malintencionadamente tales conflictos, con la consecuencia de que entonces el ordenamiento tiene que abandonar un bien jurídico para mantener otro» (18); por eso tal conducta infringe la «prohibición de poner en peligro a otros en su vida o integridad, en su patrimonio o en otros bienes jurídicos (19). En la misma dirección se manifiestan

(15) *Baumann*, MDR 16 1962, 350; AT, 8.^a, 1977, 304.

(16) AT, 1970, 279 s.; 2.^a ed., 1975, 358 ss.

(17) AT, 1970, 281; 2.^a ed., 1975, 361.

(18) ZStW 84 1972, 15; en pp. 15 s. afirma que en el supuesto del estado de necesidad supralegal «no es en absoluto una contradicción que el ordenamiento jurídico justifique una acción porque provoque un mal menor para evitar un mal mayor, pero que desaprobe otra acción del mismo sujeto porque haya dado lugar precisamente a que se llegue a esa situación»; p. 16: al provocador se le reprocha «que haya creado una situación en que el ordenamiento jurídico, para afirmarse, tiene que abandonar los bienes jurídicos del agresor» (similar en p. 26). Por lo demás, *Bertel* (pp. 17 s., 20, 26 ss.) limita el reproche a acciones que sean socialmente inadecuadas o no permitidas.

(19) *Bertel*, ZStW 84 1972, 32.

también, p. ej., *Schröder* (20) (responsabilidad dolosa o imprudente por la provocación de una situación de legítima defensa, ya que al sujeto le alcanza el reproche de haber provocado con una conducta antijurídica una situación en la que el ordenamiento jurídico se ve forzado a ponerle a su disposición el derecho de defensa), *Lenckner* en *Schönke/Schröder* (21) («tampoco aquí hay contradicción alguna en que el Derecho resuelva —forzadamente— el conflicto de intereses en el sentido del provocador, pero que al mismo tiempo haga de ello un motivo de medidas represivas contra el mismo por haber desencadenado ese conflicto»), o también *Küper* (22) (23).

Küper se limita ciertamente a examinar la aplicabilidad de la teoría de la *actio illicita* al estado de necesidad justificante culpablemente originado, pues reconoce que en la legítima defensa provocada puede haber argumentos en contra específicamente condicionados por la legítima defensa —sobre todo, que la conducta previa sólo provoca la situación de colisión si motiva una agresión antijurídica que depende de la libre decisión del provocado—, que impiden o dificultan la aplicación de la a.i.i.c. (24). Pero, en cambio, considera que en el estado de necesidad la previa conducta provocadora crea directamente el peligro y con ello la situación de conflicto, y eso justifica una valoración totalmente distinta de la primera y de la segunda acción, ya que, mientras que la acción salvadora es permitida y valorada positivamente como solución de un agudo conflicto de intereses, esa justificación y valoración positiva no le alcanza a la conducta previa, que es la que crea el conflicto y con él la necesidad de lesionar un bien jurídico; por ello, aunque en definitiva esté permitida y autorizada la producción del resultado típico por la acción salvadora, el resultado le es imputable al hecho previo antijurídico, o sea a la provocación antijurídica de la situación de colisión y de la lesión de bienes jurídicos resultante de la misma (25).

(20) JuS 1973, 160 s.

(21) StGB, 24.^a ed., 1991, § 32 61. Aquí ciertamente sólo se reconoce la a.i.i.c. en caso de provocación de la agresión de un sujeto que no actúa libremente, mientras que en anteriores ediciones (así p.ej. *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB 1982, § 32 57, 60) no se producía esa restricción.

(22) Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur *actio illicita in causa*, 1983, 42 ss., *passim*.

(23) Algo discrepante de esa línea la fundamentación de *Arzt*, Festschrift f. Schaffstein, 1975, 83: «La *actio illicita in causa* es adecuada para suministrar la fundamentación dogmática-constructiva del hecho de que al defensor, que originariamente había tenido tiempo para hacer intervenir al Estado, pero que no ha utilizado ese tiempo, sino que “sin motivo” se ha puesto en peligro, se le puede dejar —dicho gráficamente— perecer en ese peligro».

(24) Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983, 40 s., 48 n. 144.

(25) *Küper*, Notstand, 1983, 42 ss.

2. Como crítica a la teoría de la *actio illicita in causa*, por una parte, se utilizan argumentos específicos de la situación de legítima defensa. De ellos, creo que la objeción más importante es que al provocador —incluso intencionado— le falta el dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado y por tanto en sus manos (y también en su responsabilidad) el dejarse o no incitar por la provocación, pasar a la agresión y exponerse con ello al peligro de una lesión producida por la defensa (26).

Pero por otra parte se opone un argumento general, que habla en contra de la aplicación de la a.i.i.c. a la provocación de cualesquiera situaciones de justificación: Como expuso por primera vez *Roxin* (27), la antijuridicidad de la causa tendría que derivarse sólo del resultado final pretendido y producido, pero ello no es posible, dado que la acción final y sus consecuencias están jurídicamente permitidas y aprobadas. La acción provocadora (p. ej. una burla) puede no ser antijurídica, no estar prohibida como tal, y tampoco puede convertirse en antijurídica por el hecho de pretender o dar lugar a una acción conforme a Derecho y valorable positivamente; y ello no cambia en absoluto aunque la provocación, p. ej. una injuria pasada, fuera en sí misma antijurídica, ya que el injusto específico de la conducta posterior, como puedan ser unas lesiones, sólo podría producirse por haber pretendido (o al menos por haber producido de modo previsto o previsible) unas lesiones antijurídicas, pero no si el acto lesivo está justificado. De ese modo, concluye *Roxin*, mediante la a.i.i.c. se llega «al curioso resultado de que una conducta, que no tiene lo más mínimo de antijurídica en ninguna fase del suceso, aparece como un delito punible» (28).

A ello se añade una segunda objeción general, a saber, que la justificación y permisión de la acción final sólo sería aparente si en definitiva la misma fuera penada por la lesión de un bien jurídico (29).

(26) Así *Roxin*, ZStW 75 1963, 551, 553 (aquí respecto de la provocación imprudente, argumentando que el cuidado objetivamente debido no tiene por qué abarcar la evitación de autopuestas en peligro realizadas libre y conscientemente por otros); *Bockelmann*, Festschrift für Honig, 1970, 21; similar *Kratzsch*, JuS 1975, 339: al provocador no se le puede hacer responsable de algo «que entra exclusivamente en la esfera de responsabilidad de quien no ha resistido la provocación».

(27) ZStW 75 1963, 546-548.

(28) *Roxin*, ZStW 75 1963, 548. También y con similar crítica la opinión mayoritaria, p.ej. *Bockelmann*, Festschrift f. Honig, 1970, 26; *Hruschka*, JR 1979, 127; *Constadinidis*, Die «actio illicita in causa», 1982, 57 ss. En su AT I, 1994, 561, *Roxin* considera contradictorio aceptar que una y la misma acción —el disparo— es tanto jurídica como antijurídica.

(29) *Roxin*, AT I, 1994, 561, califica la a.i.i.c. como un rodeo generador de confusión: pues si se castiga al provocador, «la aprobación de la legítima defensa

3. Frente a estas objeciones, los partidarios de la a.i.i.c., como hemos visto anteriormente, insisten en que no es contradictorio en absoluto considerar conforme a Derecho la última fase de la acción en cuanto solucionadora de un conflicto, y en cambio, en cuanto a la acción anterior, en la medida que desencadena el conflicto innecesaria y por tanto injustificadamente y causa con ello el peligro de lesión de otro (30), calificarla como antijurídica y vincularle el resultado, la lesión del bien jurídico. Küper aún da un paso más, y opina que a la acción previa antijurídica y creadora del conflicto y del peligro hay que imputarle justamente por eso el resultado típico a pesar de que en el estado de necesidad justificante provocado no sólo está permitida la acción final, sino que su resultado es un resultado «permitido» «no desaprobado», esto es, que hay una «aprobación jurídica del resultado» unida al reconocimiento de la facultad de intervenir en estado de necesidad, ya que en la situación de estado de necesidad se suspende la norma protectora, que garantiza la indemnidad de los objetos, en perjuicio de ese bien jurídico (31).

IV. TOMA DE POSICIÓN: INAPLICABILIDAD DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN DEL RESULTADO (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DEL RESULTADO) Y APLICABILIDAD EN PRINCIPIO DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN SÓLO DE LA ACCIÓN (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN)

1. Desde hace ya varios años he mantenido en diversas publicaciones la tesis de que es imposible aplicar la solución de la a.i.i.c. a los supuestos de provocación de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado, pero que en cambio puede aplicarse en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo elimine el desvalor de la acción, pero no el del resultado. Y la misma solución rige, en concordancia con ello, para los supuestos de autoría mediata a través de un instrumento que obra lícitamente, o sea, cuando el sujeto que realiza la acción final justificada no es el mismo provocador, sino un tercero (32).

no es más que aparente»; y respecto del estado de necesidad justificante provocado cfr. pp. 615 s. (ver tb. *infra* nota 46 y el texto correspondiente a la misma).

(30) En cambio, *Hruschka*, JR 1979, 127 s., considera que la creación de un peligro evitable lo que a lo sumo justificaría es introducir un delito de peligro, hoy inexistente.

(31) *Küper*, *Notstand*, 1983, 41-47.

(32) Cfr. *Luzón*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 121-126, 249-262; Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente, *Comentario a*

Ello presupone que hay dos clases de causas de justificación, que se pueden distinguir según que también supriman el desvalor del resultado —y, si se conoce la situación, asimismo el desvalor de la acción (a no ser que la ley exija expresamente una determinada finalidad o motivación como elemento subjetivo de justificación)—, o que sólo excluyan el desvalor —subjetivo u objetivo— de la acción, pero no la subsistencia de un resultado desvalorado y jurídicamente indeseado (33). Entre las primeras se cuentan, p. ej., la legítima defensa, los derechos o deberes propios del ejercicio del cargo en caso de concurrencia efectiva de sus presupuestos, el ejercicio del derecho de prenda o el consentimiento justificante del titular del bien jurídico. En cambio, existe sólo justificación de la acción p. ej. en el estado de necesidad (incluso en el que toda la doctrina considera «justificante»), o sea en el que se trata de salvar un interés superior), en el que el resultado pese a todo sigue siendo un «mal» (34) —aunque sea menor—, es decir, un resultado jurídicamente disvalioso e indeseado, pero no hay desvalor objetivo de la acción debido a la cualidad salvadora de la acción y a la ponderación de intereses. Otros ejemplos pueden ser los de riesgo permitido en casos de carreras automovilísticas o deportes violentos con resultados de lesiones o de muerte, o los casos de vulneración del honor por ejercicio de la libertad de expresión o información (lo que en Derecho alemán se califica como «salvaguarda de intereses legítimos»), supuestos en los que la garantía de determinados intereses, tales como la libertad, los juegos y espectáculos, o la libertad de expresión e información, tienen prioridad frente al riesgo de ciertas lesiones de bienes jurídicos; o también cabe mencionar el cumplimiento de deberes del cargo o el ejercicio de facultades propias del cargo si ha habido una creencia diligente y fundada en la concurrencia de sus presupuestos, que realmente no se dan, como p. ej. en la detención de un sospechoso de la comisión de un delito realmente inocente, o en la condena

STS 5-2-1985, RDCir 1985, 213 n. 2 (= *Luzón*, Derecho Penal de la circulación —DPCir—, 2.ª ed., Barcelona, 1990, 140 n. 2); ComLP V, 1985, 235, 253 s., 267 s.; REP 1987-238, 53 ss.; Indicações y causas de justificación en el aborto, CPC 1988, 648 s.; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, LL 1989-3, 580 s.; EPen, 1991, 78 s., 125 s., 142 s., 155 s., 185 ss., 348 s.

(33) He de subrayar que conscientemente hablo (aquí y en todas mis obras cits. en nota anterior) de supresión del «desvalor del resultado» o del «desvalor de la acción», y no de supresión del «injusto del resultado» o del «injusto de la acción» (como p.ej. hace *Jescheck*, Lehrbuch, AT, 2.ª, 1972, 242). Pues en sentido estricto no se puede hablar de «injusto del resultado», ya que el (o lo) injusto es el hecho antijurídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable.

(34) Esto lo reconoce *Küper*, Notstand, 1983, 46, a pesar de su tesis de la aprobación del resultado (cfr. *supra* nota 31).

judicial de un procesado inocente debido a pruebas o testimonios falsos. En todos estos supuestos desaparece sólo el desvalor de la acción, pero no el del resultado —lo que, por cierto, no excluye que la acción esté totalmente permitida y a veces no sólo se valore positivamente, sino que incluso se imponga como deber.

2.a) Si la causa de justificación excluye el desvalor del resultado, es decir, que el resultado no es valorado negativamente, sino que a veces es incluso aprobado y positivamente valorado, eso significa que el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto (pérdida de la protección por la conducta —normalmente responsable— del titular del bien jurídico). En tal caso es imposible exigir responsabilidad por la acción final por la vía de la a.i.i.c. a quien provoca «dolosa» o «imprudentemente» la situación de justificación, p. ej. una situación de legítima defensa.

Primero, porque en la mayoría de las ocasiones al provocador de una agresión —incluso aunque actúe precisamente con esa intención— (o al policía que provoca a un tercero a cometer un delito, el cual justifica la detención del delincuente) le faltará el dominio del hecho y por tanto no habrá autoría, ya que el sujeto sólo incita a la comisión de una agresión (o de un delito) que depende totalmente de la decisión responsable del provocado. Esta situación sólo cambiaría en caso de provocación de un agresor o delincuente no responsable o no totalmente responsable.

Pero en segundo lugar —y éste es el argumento más importante, pues afecta a todas las hipótesis posibles—, la causación, aun objetivamente imputable, de un resultado no valorado negativamente, sino jurídicamente aprobado, deseado o incluso exigido no puede suponer de ningún modo un hecho antijurídico constitutivo de delito de lesión, por mucho que la acción provocadora haya dado lugar innecesariamente a la agresión o a la comisión de un delito y con ello al peligro de lesión del agresor o de privación de libertad del delincuente: pues se trata precisamente del peligro de que se produzca un resultado positivo, jurídicamente valioso, y no del peligro de una acción final permitida, pero que tendría un resultado jurídicamente disvalioso. La lesión afecta a bienes jurídicos del agresor o del delincuente jurídicamente no protegidos *in concreto* debido a su conducta, y, en cambio, en la legítima defensa se logra la defensa del orden jurídico y del bien jurídico agredidos, o en la detención policial de un delincuente se posibilita la acción de la Justicia. Pues bien, dado que sólo puede haber desvalor de la acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado (35) y dado que por ello tanto el desvalor objetivo de la acción como el «desvalor de la

(35) Así *Rudolphi*, Festschrift f. Maurach, 1972, 55, 65; *Cerezo*, Notas a la traducción de: Welzel, El nuevo sistema del DP, Barcelona, 1964, 44 s. n. 10; *Luzón Peña*, en: ComLP, V, 1985, 253; EPen, 1991, 142.

intención» (que serían necesarios para la antijuridicidad de la primera acción provocadora) sólo se pueden derivar de la adecuación o incluso predisposición de una acción para producir un resultado (o un hecho) jurídicamente desvalorado, es imposible que sea antijurídica —en relación con el tipo de lesión— una acción provocadora que (prescindiendo ahora de su aspecto de provocación del hecho intentado —de la agresión, en su caso— de un tercero) en definitiva conduce a un resultado valioso.

Por eso no es posible fundamentar con una (pretendida) *actio illicita in causa* la existencia de una acción antijurídica de lesiones u homicidio o, respectivamente, de detenciones ilegales, en caso de que alguien, incluso aunque sea intencionadamente, incita a otro a una agresión antijurídica contra él mismo o contra un tercero y a continuación mata o lesiona al agresor en legítima defensa, o en caso de que un policía provoque a alguien a cometer un delito y lo detenga entonces. Tampoco hay hurto si un acreedor pignoraticio convence a su deudor que pasa por dificultades económicas de que para él (el deudor) es mejor no satisfacer sus deudas y a continuación se apodera de una cosa del deudor en virtud de su derecho de prenda. Por los mismos motivos tampoco puede aceptarse que haya autoría mediata (antijurídica) con un instrumento que obra lícitamente en caso de que alguien, provocando a una persona no o no totalmente responsable (pues de lo contrario no tendría el primero dominio del hecho) a realizar una agresión ilegítima, obligue a un tercero a actuar en legítima defensa y a producir de ese modo un resultado jurídicamente aprobado.

b) Esto no significa que el provocador que actúa intencionadamente quede impune. Pues por una parte hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, y debido a que ya esperaba con anterioridad la posterior agresión planeada por él, el provocador se podría defender con medios menos lesivos y no lo hace justamente por su mala intención, con lo que falta la necesidad del medio defensivo empleado (ello también puede suceder, aunque ciertamente más raramente, en caso de provocación meramente dolosa o imprudente de la situación de legítima defensa) (36). Y por otra parte la acción previa puede ser antijurídica en cuanto provocación de una agresión o (para la detención policial) de un delito, aunque no en cuanto provocación de la posterior acción de legítima defensa o de detención, como pretenden los partidarios de la a.i.i.c. En efecto, aunque la doc. dom. rechaza la punibilidad del agente provocador, a mi juicio, el hecho de incitar a otro a una agresión ilegítima o a la comisión de un delito, por mucho que el provocador quiera impedir

(36) Cfr. Luzón Peña, en: ComLP, V, 1985, 269; EPen, 1991, 156 s.

después la consumación, es una inducción indirecta a una tentativa idónea o —menos frecuentemente— inidónea (37), y en caso de provocación con la finalidad de una posterior detención puede ser eventualmente incluso inducción a un delito consumado. Ello significa favorecer una puesta en peligro como mínimo del ordenamiento jurídico, y a veces también de bienes jurídicos ajenos (teoría de la participación en el injusto), lo que es contrario a los fines preventivos del Derecho penal, a no ser que haya una causa de justificación que ampare precisamente esa provocación. Y por lo demás, en la determinación de la pena se puede tener en cuenta el menor grado de injusto por la reducción del peligro y por el hecho de que la voluntad del sujeto no pretenda la consumación.

3.a) La situación es totalmente distinta si se provoca una situación de justificación que sólo elimina el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado. En tal caso es en principio aplicable la construcción de la a.i.i.c. —suponiendo, eso sí, que se trate de un delito de resultado sin una forma de ejecución legalmente descrita, pues de lo contrario el principio *nullum crimen sine lege* podría impedir la subsunción de la acción provocadora junto con sus consecuencias en el tipo correspondiente (38).

El caso paradigmático al respecto es el de la provocación de un estado de necesidad. En el mismo, para solucionar adecuadamente el conflicto ponderando todos los intereses, no se valora negativamente y por ello está autorizada la acción de estado de necesidad debido a su cualidad de acción salvadora, pero, como ya se ha dicho, subsiste el desvalor del resultado (39): la producción del resultado podrá estar autorizada, pero el resultado es jurídicamente un mal, algo indeseado. El lesionado por una intervención en estado de necesidad no ha perdido la protección de sus bienes jurídicos debido a su conducta, y efectivamente dichos bienes jurídicos no se ven privados de toda protección jurídica: por ello prevé el art. 20, 2.º CP en favor del afectado una responsabilidad civil de la persona cuyos intereses se salvaguardan (pero no responsabilidad civil de quien actúa en estado de necesidad, si no es también el beneficiado).

En consecuencia, en caso de provocación imprudente o simplemente dolosa de un estado de necesidad para intereses propios, y

(37) Luzón Peña, ComLP, V, 1985, 269; EPen, 1991, 157.

(38) Ver, para más detalles, *infra* V.

(39) Aunque, en caso de que efectivamente se logre salvar otro interés superior o equivalente, pueda haber por ello una disminución del desvalor del resultado; pero pese a todo se sigue lesionando un bien que no ha perdido la protección jurídica. Y por otra parte, no siempre se producirá la salvación del interés superior o equivalente: la eximente sólo exige para la autorización de la conducta que se obre «para evitar un mal», aunque finalmente no se logre evitar tal mal; ello confirma que lo que se excluye en todo caso es el desvalor de la acción.

también en caso de provocación intencional de un auxilio de terceros en estado de necesidad, en los que pese a la provocación está permitida la acción salvadora como tal, sucede lo siguiente: La acción provocadora crea directamente el peligro para el interés que hay que salvar y, con ello, la situación coactiva que obliga con mayor o menor intensidad a lesionar un bien jurídico y a sacrificar con ello un interés —menos valioso en el estado de necesidad mayoritariamente aceptado como justificante, o equivalente en otra forma de estado de necesidad que también cabe considerar, con la doctrina minoritaria, justificante (40)— y determina de ese modo el ulterior curso del hecho (creación mediata de un peligro para el bien jurídico lesionado), por lo cual aquí en principio no se plantean dificultades para afirmar que existe dominio del hecho —en una actuación dolosa— o en todo caso determinación objetiva del hecho —en una actuación imprudente— (41) y por tanto autoría. Pero además, la primera acción causa de modo objetiva y subjetivamente imputable e injustificadamente un desvalor del resultado (42), por mucho que haya sido causado inmediatamente por una conducta realizada sin desvalor de acción. Por ello, la unión de una conducta previa con pleno desvalor de la acción —ya que aquí concurre una puesta en peligro dolosa o imprudente referida a un desvalor del resultado y sin las razones que justifican la acción final— con el desvalor del resultado supone la total antijuridicidad de la acción previa junto con sus consecuencias en el sentido del tipo de lesión.

La responsabilidad se determinará según que exista dolo o imprudencia respecto del resultado final (43) (no respecto de la creación del peligro que fundamenta el estado de necesidad); y eso explica el hecho de que pueda haber responsabilidad meramente imprudente incluso aunque en la última fase la correspondiente acción en estado de necesidad haya sido dolosa (en el sentido de dolo «neutro»). Así p. ej., si un camión se aproxima peligrosamente a la entrada de un

(40) E incluso el interés (concepto más amplio que el de bien jurídico) lesionado puede ser algo superior al que se intenta salvar si se trata de un estado de necesidad defensivo, en que se reacciona contra la fuente del peligro.

(41) Cfr. al respecto ampliamente *Luzón Peña*, La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss. (tb. en DPCir, 2.^a, 1990, 105 ss.; EPen, 1991, 197 ss.).

(42) Tb. *Dencker*, JuS 1979, 782, habla de «imputar el resultado desvalorado» a la conducta previa.

(43) *Küper*, Notstand, 1983, 50 ss., admite la aplicabilidad de la a.i.i.c. en el delito imprudente de resultado por su «apertura» típica (p. 57), pero la niega en el delito doloso de resultado (pp. 59 ss.), pues según él su comisión requiere más que la mera producción del resultado del hecho y la acción previa aún no posee el sentido de comienzo de la ejecución, sino el de acción preparatoria. Esta posición no me parece convincente (cfr. para más detalles *infra* V).

puente estrecho a pesar de que en sentido contrario viene un autobús con preferencia de paso, y entonces el conductor del camión, para no chocar con el autobús con el consiguiente peligro para la vida de muchas personas, se ve forzado a girar a la derecha y a lesionar a un peatón que estaba en ese arcén (44), tal conductor obra con dolo directo (de segundo grado) o con dolo eventual en la causación de las lesiones con su acción final, pero ese hecho está justificado por estado de necesidad y desaparece por ello el desvalor de la acción; no obstante, la acción previa imprudente, no cubierta por estado de necesidad, causa de modo objetivamente imputable el resultado de lesiones valorado negativamente, y por eso el sujeto responde en este caso por un delito de lesiones imprudentes (45).

b) Por las mismas razones, en tales causas de justificación excluyentes del desvalor de la acción, pero no del del resultado, es perfectamente aplicable la figura jurídica del autor mediato a través de instrumento que obra conforme a Derecho. Por eso nunca ha habido la menor dificultad en aceptarla p. ej. en el caso de provocación, mediante falso testimonio, de una condena conforme a Derecho (pero materialmente injusta) de un inocente.

c) Para concluir, hay que examinar una última crítica de *Roxin* contra la aplicación de la a.i.i.c. al supuesto de provocación de un estado de necesidad justificante (que, recuérdese, según la doctrina mayoritaria, es aquél en que se trata de salvar un interés superior a

(44) Un supuesto real en el que se inspira el ejemplo del texto, pero en el que no está tan claro si la situación de colisión provocada y finalmente producida es entre un interés —o conjunto de intereses— francamente superior frente a otro inferior (mientras que en el ejemplo del texto, al estar clara la preponderancia de la vida e integridad de múltiples personas frente a la integridad de una, para toda la doctrina hay un estado de necesidad justificante), es el de la STS 15-6-1971, RDCir 1971, 366 s.: un camión muy cargado desciende sin reducir ni cambiar a marcha más corta por un tramo de carretera con acusada pendiente, que termina en un puente debidamente señalizado y con preferencia de paso para la dirección contraria, y pese a que a la entrada del mismo y en su mismo carril se había detenido un autobús de viajeros que cedía el paso a un camión que venía por el puente en sentido contrario; y cuando el conductor del primer camión quiere frenar, ya muy cerca del autobús, le fallan los frenos y se encuentra ante la alternativa de, o chocar contra el autobús parado o eludir el choque desviándose a la izquierda, pero sin poder evitar finalmente dar contra el camión que venía en sentido contrario, causando la muerte a su conductor y lesiones a otros dos acompañantes. Por cierto que esta STS 15-6-1971, sin mencionar formalmente la construcción de la a.i.i.c., resolvió materialmente aplicando exactamente los principios de dicha figura.

(45) Así *Gimbernat*, Dos aspectos de la imprudencia etc., en: Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención, Univ. Valencia, 1975, 123 ss.; *Luzón Peña*, Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente, RDCir 1985, 213 n. 2 (tb. en DPCir, 2.^a, 1990, 140 n. 2). Con razonamientos similares, la cit. STS 15-6-1971, RDCir 1971, 366 s., y *Luzón Domingo*, Nota a STS 15-6-1971, RDCir 1971, 367 s.

costa de otro menos valioso). Textualmente dice *Roxin* (46): «Tampoco merece apoyo la *actio illicita in causa* desde el punto de vista de política jurídica. En efecto, si el autor ha de pensar que al emprender el salvamento es cierto que va a estar justificado por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal. Y sin embargo, al ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal modo que, si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa*, ¡estaría operando en contra de sus propios intereses!»

Frente a esta objeción se puede aducir lo siguiente (47):

En caso de estado de necesidad que afecte a *bienes jurídicos ajenos*, o sea, de causación de una situación de peligro para intereses de terceros no involucrados, no es cierto que el sujeto que ha creado dolosa o imprudentemente la situación de peligro pueda abstenerse luego de realizar la acción salvadora, y que causa un mal menor, con la finalidad de no incurrir en responsabilidad penal por la a.i.i.c. Pues en primer lugar, si el sujeto no interviene y tampoco hay ninguna otra persona que emprenda la acción salvadora, se realizará el

(46) AT 1, 1994, 616.

(47) Me limito a responder a la objeción de *Roxin* tal como él la plantea, es decir, en referencia a la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales (o sea, lo que mayoritariamente se considera estado de necesidad justificante). Pues naturalmente tal objeción no afecta al supuesto de provocación de un estado de necesidad por colisión entre intereses equivalentes, no sólo porque para *Roxin*, de acuerdo con la mayoritaria teoría diferenciadora, se trataría de provocación de una causa de exculpación, y no de una causa de justificación (aunque, a mi juicio, como he reiterado, sí es causa de justificación), sino en cualquier caso porque para esa situación de conflicto entre intereses equivalentes ya no valdría el fondo de la argumentación de *Roxin* de que «el ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor» (de modo que obraría contra sus propios intereses si se impusiera una pena en virtud de la a.i.i.c.). Pues si se admite —como creo que hay que admitir— que en una colisión entre intereses equivalentes al ordenamiento le es indiferente cuál se salve y por eso permite la libertad de decisión del particular, entonces, aplicando la a.i.i.c. y castigando por su inicial acción dolosa o imprudente al provocador del estado de necesidad, no se producen en absoluto consecuencias contrarias a los intereses del ordenamiento: si la perspectiva de ese castigo por la a.i.i.c. pudiera disuadir en algunos casos al provocador de llevar a cabo la acción salvadora, se produciría la lesión de un interés equivalente al otro que finalmente no resultaría dañado, y, precisamente por ser equivalentes, el ordenamiento no tiene en principio preferencia por ninguno.

De todos modos, para esta situación de provocación de un conflicto entre intereses iguales también valen en gran medida los razonamientos que a continuación expongo en el texto para la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales.

peligro que él ha creado de una lesión de bienes jurídicos aún más grave, y por tanto el sujeto tendría que responder por ese delito más grave doloso o imprudente. Precisamente porque el ordenamiento jurídico prefiere la preservación de los intereses de más valor, para el caso de que se realice el peligro creado por el agente de lesión del interés de más valor prevé una pena superior a la que correspondería a la lesión del interés menos valioso, que también sería imputable a la acción previa. Por tanto, el sujeto de ningún modo se ve jurídicamente impedido para emprender la acción salvadora que causa el mal menor, sino que, por el contrario, está obligado a realizarla si quiere evitar la producción de un desvalor del resultado más grave y la correspondiente pena más elevada. Y en segundo lugar, no interviniendo en el momento del peligro, el sujeto tampoco puede eludir la pena porque un tercero lleve a cabo en su lugar la acción salvadora que causa el mal menor, pues la primera acción del autor, al crear el peligro y la situación de colisión, fuerza al tercero a realizar la acción salvadora y determina de ese modo su acción (permitida por falta de desvalor de acción, pero) que causa un desvalor del resultado; por consiguiente el provocador es responsable, como autor mediato —doloso o imprudente— a través de un instrumento que actúa lícitamente, de la lesión del bien jurídico directamente producida por el tercero y que supone un desvalor del resultado. Es decir, que en tal situación el sujeto que crea el peligro incurriría igualmente en responsabilidad penal tanto si posteriormente actúa como si no actúa y deja que intervenga un tercero; lo que significa que no puede evitar la responsabilidad penal omitiendo su propia acción salvadora y por tanto no tiene ningún motivo (penal) para no salvar el bien jurídico que él mismo ha puesto en peligro.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico quiere que el interés más valioso puesto en peligro sea salvado o por el autor o por un tercero, pero prefiere que lo sea por la intervención del provocador, ya que éste, por haber creado el peligro, tiene un especial deber de evitación, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad por un delito comisivo, mientras que el tercero no involucrado al principio tiene simplemente la facultad de actuar o a lo sumo un deber simple de actuación derivado de los tipos de omisión propia (p. ej. por el delito de omisión de socorro). En cualquier caso, el sujeto estará más bien interesado en realizar su propia acción salvadora pese a sus efectos de fundamentar su punibilidad, ya que de ese modo se puede esforzar de manera especialmente intensa por evitar con seguridad la lesión más grave y la consiguiente pena mayor, y simultáneamente intentar conseguir que se produzca una lesión lo menor posible del interés menos valioso con su correspondiente atenuación en la determinación de la pena, cosa que posiblemente no lograría la intervención de un tercero.

En el caso del estado de necesidad para *bienes jurídicos propios* la situación es ciertamente distinta, pues si el sujeto no interviene

activamente para salvar un bien jurídico propio que él mismo ha puesto en peligro, naturalmente que no es responsable penalmente por su autolesión. Pero en la mayoría de los casos se tratará de un peligro para un interés propio que es considerablemente superior al otro interés que hay que perturbar para salvar el propio. Por ello, la perspectiva de una pena proporcionalmente leve —y en caso de mera imprudencia aún más leve—, que conforme a la a.i.i.c. se impondría al sujeto por la lesión del bien jurídico menos valioso, normalmente no será suficiente para contrarrestar el temor del sujeto a la pérdida de su vida, su integridad u otro bien importante. En definitiva, pese a la pena, que con justicia debe imponerse por la causación reprochable de un desvalor del resultado mediante la acción previa, se preferirá el mal menor y se evitará el mal mayor, y ésta es una conducta que también prefiere el ordenamiento jurídico a pesar de la provocación (excepto en el caso de una provocación especialmente grave —intencional— del necesitado).

En una palabra: que se puede castigar tranquilamente al sujeto por su a.i.i.c. —lo que además es justo—, pues el mismo estará no obstante más interesado en realizar la acción de estado de necesidad salvadora del interés más valioso.

V. ¿RESTRICCIONES A SU APLICACIÓN DERIVADAS DE LAS EXIGENCIAS DE TIPICIDAD?

1. Por consiguiente, en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo excluya el desvalor de la acción, en principio y *materialmente*, o sea, desde la perspectiva del injusto y de los intereses político-criminales, está totalmente justificado castigar por delito doloso o en su caso imprudente mediante la construcción de la a.i.i.c. Pero podría haber un obstáculo *formal* a la aplicabilidad de la a.i.i.c. si la conducta en su conjunto, a pesar del desvalor de acción de la acción provocadora y de la causación de un desvalor del resultado, no se ajustara a las exigencias del tipo.

Ya he aludido anteriormente [IV.3 a)] a que en delitos con modalidades de ejecución legalmente descritas el principio de legalidad podría impedir la subsunción de la conducta en el tipo correspondiente, mientras que en los delitos puros de resultado no parece haber problemas de tipicidad. Y efectivamente, algunos autores opinan, en este sentido, que la vinculación de un castigo a la conducta previa conforme a la a.i.i.c. fracasa ya en aquellos tipos que requieren una conducta con una específica modalidad típica y no una mera causación del resultado: pues la colocación de una causa de la posterior modalidad de acción legalmente requerida mediante la creación de una situación de estado de necesidad aún no constituye en sí misma esa modalidad típica de acción, con lo cual el intento de subsunción

de la mera causación en la acción descrita por el tipo vulnera la prohibición de analogía (y en consecuencia opinan, p. ej. que en el «caso de la huida del lugar del accidente» [sent. BGH 11-10-1968, VRS 36 1969, 23] la causación de un accidente de tráfico con dolo eventual —también respecto de la necesidad de tener que huir después para evitar ser apaleado por otras personas que lo presenciaron— no es ni una huida ni una tentativa de huida del lugar del accidente en el sentido del § 142 StGB, que castiga tal fuga; y que en el llamado «caso de las heces fecales» [sent. BayOLG 26-5-1978, NJW 1978, 2046], en el que el conductor de un camión con una pesada carga de inmundicias penetra imprudentemente por un camino de tierra poco firme y, al atascarse el camión y amenazar con volcar y sufrir graves daños el vehículo, el conductor decide vaciar la carga en la finca colindante contravieniendo lo dispuesto en la ley alemana de basuras y residuos —AbfG—, entienden, en contra de la sent. cit. del BayOLG, que el hecho de introducirse imprudentemente con el camión muy cargado de desechos no es un vertido de residuos en el sentido de los tipos de los §§ 4 I y 18 I, 1.º de la AbfG) (48).

Prescindiendo de casos concretos, esta solución parece bastante convincente: pues la acción posterior, que realiza la modalidad comisiva requerida por el tipo, está cubierta por una causa de justificación excluyente del desvalor de la acción —v. gr. por estado de necesidad— y por tanto no es antijurídica, por lo que de ella no puede derivarse responsabilidad alguna; y la conducta previa dolosa o imprudente, que implica desvalor de acción y conduce a un desvalor del resultado, es decir, que «materialmente» supone un injusto, sin embargo no es subsumible como tal en la forma típica de ejecución y por tanto no es típica.

Ahora bien, ciertamente se podría pensar en superar esas dificultades para aplicar la *actio illicita in causa* en dichos tipos mediante analogía con la *actio libera in causa* (49). Así, una buena parte de las variantes de la teoría de la a.i.i.c., tanto defensores del «modelo

(48) Así Roxin, AT I, 1994, 615 s., apoyándose en Küper, Notstand, 1983, 101, 154 ss. (aquí ciertamente dubitativo en cuanto al caso de las heces fecales), y en Dencker, JuS 1979, 783. Küper, cit., expone ya en pp. 50-55 su rechazo a la aplicación de la a.i.i.c. a delitos imprudentes con determinadas modalidades comisivas tipificadas, fundamentándolo (pp. 54 s.) en que, como debido al principio *nullum crimen sine lege* en Derecho penal la antijuridicidad de un hecho está unida a los límites del tipo respectivo, es inadmisibles renunciar a la congruencia entre conducta típica y antijurídica y unir un hecho en estado de necesidad, típico pero no antijurídico, con una acción previa imprudente y materialmente antijurídica, pero no (totalmente) típica, formando de ese modo una especie de «tipo mixto» que la ley no conoce.

(49) Plantean esa posibilidad (aunque luego la resuelven negativamente) Dencker, JuS 1979, 783; Küper, Notstand, 1983, 52 ss.

de la excepción» como del «modelo del tipo» (50) [o, con otra terminología, partidarios de la «teoría de la anticipación», pero también una parte de los adeptos de la «solución de la tentativa» (51)], sostienen que, en caso de provocación dolosa o imprudente de un estado de inculpabilidad causante de la comisión del hecho, la construcción de la a.l.i.c. también es aplicable a delitos con modos de ejecución típicamente descritos y no sólo a delitos puramente resultativos. Para el modelo de la excepción (o teoría de la anticipación de la culpabilidad) dicha solución no plantea la menor dificultad, pues según esta concepción el tipo que requiere un determinado modo comisivo se realiza con la segunda acción (inculpable), y lo único que sucede es que excepcionalmente la culpabilidad no se constata durante la comisión del tipo (de injusto), sino en el momento anterior de la primera acción que provoca el estado defectuoso (o sea, que crea la inimputabilidad). Pero incluso desde la perspectiva del modelo del tipo (o de la tipicidad), que conecta ya la imputación a la conducta que provoca la inculpabilidad y que es considerada como causación dolosa o imprudente del resultado típico —es decir, en caso de dolo como tentativa causante del resultado— y por eso como una realización del tipo que es culpable en el momento de su comisión, hay algunos partidarios de este modelo que también consideran aplicable la a.l.i.c. a los tipos con modalidades comisivas determinadas, ya que creen que la punibilidad no requiere que el sujeto realice (scil. todas) las peculiaridades de la acción típica en estado de imputabilidad (52). Como se ve, de una manera o de otra se renuncia a la coincidencia temporal —o al menos a la total coincidencia temporal— entre culpabilidad y realización del tipo de injusto.

No obstante, parece inadmisibles transferir este procedimiento a los casos de la *actio illicita in causa* y renunciar a la coincidencia temporal entre cumplimiento del tipo y antijuridicidad, considerando suficiente como realización de las peculiaridades del tipo en cuanto a la acción ejecutiva la segunda acción no antijurídica, p. ej. justificada por estado de necesidad, y situando, en cambio, el momento de la antijuridicidad —por contener el desvalor de la acción y causar el desvalor del resultado— en la primera acción provocadora, que según el modelo de la excepción ni siquiera sería típica y según el modelo del tipo (o de la tipicidad) no sería completamente típica en delitos de esa clase. Y parece inadmisibles, por una parte, porque una realización justificada del tipo nunca puede acarrear responsabilidad (53), y por otra parte, porque en virtud del principio *nullum*

(50) Así la terminología, posteriormente muy extendida, de *Neumann*, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, 24 ss.

(51) Denominaciones formuladas por *Küper*, *Notstand*, 1983, 82 ss.

(52) Así p. ej. *Roxin*, *AT*, 1994, 757.

(53) Y eso si se utiliza la terminología de la concepción mayoritaria de que

crimen sine lege en Derecho penal no puede haber injusto sin realización del tipo, sino que sólo puede haber injusto típico, o sea, congruencia entre conducta antijurídica y típica, ya que la tipicidad es «el *prius* no sólo lógico-sistemático, sino también propio del Estado de Derecho, de la antijuridicidad» (54).

2.a) Por tanto, en el aspecto formal, es decir desde la perspectiva de la tipicidad, sólo se puede aceptar la aplicabilidad de la *actio illicita in causa* en los delitos puros de causación o de resultado, que carecen de tipificaciones especiales de la forma de acción (55). No obstante, antes de que podamos confirmar definitivamente esta tesis, hay que examinar una posición parcialmente divergente de Küper, que se ocupa a fondo de esta cuestión (56).

Según Küper, en el delito doloso de resultado el resultado típico ha de imputarse a una acción ya típica en sí misma, o sea, que suponga ya un comienzo de ejecución y con ello una tentativa. En su opinión, es cierto que la provocación dolosa de una situación de estado de necesidad causa dolosamente el posterior resultado, pero comisión de un hecho es algo distinto a la mera causación del resultado: pues la acción típica sólo comienza con la tentativa, o sea, con el hecho de disponerse inmediatamente a realizar el tipo, mientras que la conducta previa dolosa que desencadena el estado de necesidad no es más que un acto preparatorio, es decir, un estadio previo a la acción típica (57); y las acciones de planificación y preparación, pertenecientes a una zona típicamente neutra, como p. ej. la compra de un hacha, no pierden esa neutralidad por mucho que en definitiva se pueda reconducir a ellas el resultado, p. ej. los daños producidos con ese instrumento (58). Küper reconoce que la acción de provocación posee una cierta peligrosidad para el bien jurídico finalmente lesionado (59), que «el autor crea consciente y volunta-

la conducta puede ser típica aunque no sea antijurídica; es decir, por no hablar de que, según la concepción del tipo total de injusto (o teoría de los elementos negativos del tipo, que personalmente comparto: cfr., entre otros trabajos míos, Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 251 n. 443; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, LL 1989-3, 576 ss.; tb. en: EPen, 1991, 72 ss.; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, PJ 19-1990, 291 ss.; tb. en: LL 1991-1, 357 ss.; EPen, 1991, 97 ss.; Antijuridicidad, Causas de justificación, Error de tipo y error de prohibición, Error sobre causas de justificación, Tipo (penal), en: EJCiv, 1995, 472 s., 989 ss., 2838 ss., 2845 ss., 6543 ss.), una realización justificada meramente de la parte positiva del tipo ni siquiera realiza el auténtico tipo, es decir, el tipo total de injusto.

(54) Así la argumentación de Küper, Notstand, 1983, 55.

(55) Así tb. Dencker, JuS 1979, 782.

(56) Notstand, 1983, 55 ss., 59-89.

(57) Küper, Notstand, 1983, 59-64.

(58) Küper, Notstand, 1983, 62.

(59) Küper, Notstand, 1983, 65.

riamente un peligro para bienes propios que luego le “fuerza” —conforme a su plan— a lesionar en estado de necesidad (conforme a Derecho) el bien ajeno objeto de su intervención, si en esa situación no quiere soportar el peligro con sus consecuencias» (60), y que el dominio del hecho del autor sobre la segunda acción se ve «reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse» (61). Pero a pesar de ello opina que la acción previa le falta la inmediatez del disponerse a actuar, ya que tras la provocación aún ha de producirse, primero, un resultado en forma de peligro para los bienes jurídicos propios, y a continuación la segunda acción de defensa frente al peligro; y en ese sentido cree que es decisivo el hecho de que, aunque ya esté fundada la situación de estado de necesidad, el suceso no se ha «soltado de las manos» en absoluto, sino que el autor aún ha de dar él mismo el paso decisivo de la acción salvadora, y sobre ello decide «él solo en virtud de su dominio del hecho —aunque reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse—» (62).

A su juicio, tampoco existe el menor paralelismo entre estos casos de la *actio illicita in causa* y las figuras jurídicas de la *actio libera in causa* dolosa y de la autoría mediata, en las que ya se puede considerar como tentativa la acción provocadora en caso de delitos de resultado: Así expone que en la a.l.i.c. se requiere para la tentativa que se produzca una total incapacidad de culpabilidad y no sólo una disminución de la misma, de tal modo que el sujeto haya perdido el dominio sobre el acontecer posterior, lo que en cambio no sucede en la a.i.i.c.; y que en la autoría mediata un sector considera ya como comienzo de la tentativa la acción del autor mediato que incide sobre el autor directo, porque la actividad de aquél, y no la del instrumento (que obra de modo análogo a una fuerza de la naturaleza), es la única que puede decidir sobre el comienzo de la ejecución típica. Pero en cambio, dice Küper, en la a.i.i.c. durante las dos fases del suceso —incluyendo la segunda, de defensa frente al peligro— el agente actúa como autor que domina directamente y sin introducir a una persona intermedia el curso del acontecimiento y lo mantiene «en la mano» (63).

(60) Küper, Notstand, 1983, 70.

(61) Küper, Notstand, 1983, 72.

(62) Küper, *op. cit.*, 70-72.

(63) Küper, Notstand, 1983, 72-78. Por lo demás, en pp. 81-87 rechaza una aplicación paralela a la a.i.i.c. de los modelos de fundamentación de la a.l.i.c., tanto la de la «solución de la tentativa», dado que la acción previa aún no supone disponerse inmediatamente a realizar el tipo y por tanto aún no es una tentativa, como la de las «teorías de la anticipación», porque —como ya expone en p. 55 (a mi juicio, de modo en sí mismo correcto: cfr. *supra* el texto correspondiente a la nota 54)— la ley no conoce una especie de «tipo mixto» compuesto de una acción de estado de necesidad, típica pero no antijurídica, y de una actuación precedente, que ciertamente desencadena ilícitamente un estado de necesidad, pero que no llega a

Aparentemente —continúa este autor— puede haber una excepción en casos de escasa distancia temporal entre la creación del peligro y la acción salvadora, pues si se da tal inmediatez y estrecha conexión temporal, para la concepción natural de la vida los actos parciales forman una unidad y se puede valorar ya la provocación de la situación de peligro como comienzo de la comisión típica; pero precisamente ello tendría la sorprendente consecuencia de que en ese caso concurriría simultáneamente una agresión ilegítima «actual» al objeto de protección, contra la cual se podría defender su titular en legítima defensa, y como eso haría imposible la justificación de la «acción de estado de necesidad», ésta ya no sería antijurídica *in causa*, sino *in actu* (64).

De todo lo expuesto, para Küper se deriva que es inaceptable la *actio illicita in causa dolosa* en caso de provocación de un estado de necesidad justificante; pero en su opinión, como los delitos imprudentes de resultado son «abiertos hacia el pasado» y no contienen el límite temporal del disponerse inmediatamente a actuar, propio de los delitos dolosos, siempre queda la posibilidad de recurrir a una *actio illicita in causa imprudente*, o sea, que la creación dolosa de una situación de estado de necesidad, que finalmente conduce al resultado lesivo, puede utilizarse como base de una responsabilidad por imprudencia, ya que esa conducta previa también desprecia la prohibición co-contenida en el tipo imprudente de crear «sin cuidado», es decir sin la debida consideración a bienes ajenos, situaciones de colisión que pueden desembocar en una lesión (65).

b) A mi juicio, no se puede compartir esta posición. Es cierto que, para que sea aplicable la a.i.i.c. a hechos dolosos, ha de haber una acción previa no sólo dolosa y que revele desvalor de acción, sino que sea ya típica, para poder imputarle la causación del desvalor del resultado; pero la provocación dolosa de una causa de justificación excluyente sólo del desvalor de la acción constituye ya una tentativa, es decir, una acción típica.

En efecto, si el sujeto con su acción provocadora crea una situación de colisión en la que se ve forzado a realizar una acción (que excluye el desvalor de la acción, pero sí que causa un desvalor del resultado), entonces resulta que precisamente no es libre el hecho de emprender esa segunda acción, y que su elección u omisión ya no

ser típica, y con ese procedimiento habría que renunciar a la requerida congruencia entre conducta típica y antijurídica.

(64) Küper, Notstand, 1983, 78 ss.

(65) Cfr. Küper, Notstand, 1983, 60, 69 s., 81, 88 s. En p. 88 insiste en que este resultado no es insatisfactorio, puesto que de todos modos, en determinadas clases de provocación dolosa de la situación de estado de necesidad la ponderación de intereses puede tener la consecuencia de que ya esté excluida *in actu* la justificación del estado de necesidad.

queda totalmente a la libre decisión, «en las manos» del sujeto. Esa falta de libertad puede deberse por una parte a la coacción psicológica a causa del peligro para importantes bienes jurídicos propios que fundamenta el estado de necesidad, pero por otra parte puede basarse también en una coerción jurídica para actuar: pues si p. ej. la provocación del estado de necesidad crea un peligro para bienes jurídicos *ajenos*, el provocador estará obligado jurídicamente a actuar en estado de necesidad si quiere evitar su responsabilidad por el eventual resultado lesivo. Y ello nos proporciona precisamente la fundamentación del hecho de que en la acción provocadora el sujeto ya tiene —al menos en su arranque— el dominio del hecho sobre el curso ulterior de los acontecimientos, incluyendo la acción posterior, y ello a su vez significa disponerse inmediatamente a realizar el tipo de resultado, es decir, el comienzo de la ejecución y por tanto una tentativa (típica) (66).

Es posible que sea correcto exigir para la existencia de tentativa acabada que el curso del acontecimiento se haya escapado ya totalmente de las manos del sujeto; pero eso no es necesario para la existencia de una tentativa inacabada, para la que basta el comienzo de la acción de ejecución, que en los delitos puros de resultado ya concurre si hay una conducta que domine el curso del acontecimiento mediante la creación de una situación coactiva (que *supra*-determina la segunda acción directamente lesiva). Y también en el supuesto de la autoría mediata con instrumento que obra lícitamente —p. ej. en estado de necesidad—, el dominio del hecho del autor mediato y con ello el comienzo de su ejecución del hecho se fundamenta en la creación de una situación coactiva para el ejecutor directo, que de ese modo no puede decidir libremente sobre la comisión del hecho, y para el dominio del hecho del sujeto de atrás no es necesario que el instrumento se encuentre en un estado de total inimputabilidad. Así pues, el paralelismo con la situación de la a.i.i.c. es total: el provocador de la situación de estado de necesidad para bienes jurídicos propios o ajenos se utiliza a sí mismo efectivamente como instrumento que obra lícitamente (sin desvalor de acción en el momento de causar directamente un resultado desvalorado).

Por eso, esa acción de provocación no se parece en absoluto al mero acto preparatorio, como podría ser el del ejemplo mencionado de la compra de un hacha para cometer después unos daños o unas lesiones, en el que el sujeto después de la compra aún sigue pudiendo decidir libremente si emprende o no la ejecución del hecho (67). Por

(66) En el mismo sentido respecto de la provocación dolosa en la legítima defensa (que en cambio, como se vio más arriba, personalmente considero inidónea para la aplicación de la a.i.i.c.), *Lenckner*, GA 1961, 304 s.; así tb. básicamente *Bertel*, ZStW 84 1972, 25 s.

(67) *Küper*, Notstand, 1983, 65, justifica la consideración de la provocación

tanto, a la provocación, en cuanto tentativa típicamente antijurídica (que supone un desvalor de acción), se le puede imputar perfectamente la causación del desvalor del resultado determinada (dominada) por ella. Y finalmente hay que añadir que no es cierto que si la provocación de la situación de estado de necesidad constituye ya en sí misma una tentativa, será simultáneamente una agresión ilegítima actual a bienes jurídicos ajenos, contra la que podría reaccionar su titular en legítima defensa (68). Y no es cierto, porque no toda tentativa ha de ser ya una agresión actual fundamentadora de legítima defensa (69): con la provocación de la situación de estado de necesidad, que supone ya una tentativa, todavía no se pone en peligro, en el sentido de una agresión, los bienes jurídicos del tercero; la agresión a sus bienes (y su puesta en peligro) sólo comienza cuando el provocador se dispone inmediatamente a emprender la acción en estado de necesidad, pero ésta está justificada como tal —por exclusión del desvalor de la acción— y por tanto no es una agresión ilegítima contra la que cupiera legítima defensa.

c) Como conclusión de todo lo dicho resulta que en los delitos puros de resultado tampoco hay el menor obstáculo desde el punto de vista formal de la tipicidad para aplicar la *actio illicita in causa* tanto a la provocación dolosa como a la imprudente de una causa de justificación que —como en el caso paradigmático del estado de necesidad— excluya el desvalor de la acción, pero no el del resultado.

del estado de necesidad como mero acto preparatorio aduciendo que «tal actuación, a pesar de una cierta “peligrosidad”, normalmente aún no afecta gravemente al orden social,... y además en ese temprano estadio la voluntad del sujeto se puede modificar discrecionalmente». Pero es que precisamente esto último no es cierto: debido a la coacción creada por el autor —que incluso puede consistir en un deber jurídico de actuación—, la voluntad del sujeto *no* se puede modificar *discrecionalmente*.

(68) Este argumento utilizado por Küper para casos de inmediatez temporal de la acción en estado de necesidad (ver *supra* el texto correspondiente a la n. 55) fue aducido por primera vez por Roxin, ZStW 75 1963, 548, para la provocación en la legítima defensa.

(69) Así, con razón, Bertel, ZStW 84 1972, 21.