

Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

I.

La extraordinariamente amplia discusión en la ciencia jurídica penal¹ sobre la legítima defensa y sus límites “ético-sociales” refleja un cambio radical en la praxis de los tribunales penales sobre la aplicación de la disposición de la legítima defensa, el cual –luego de unas sentencias que lo preludieron- comenzó alrededor de 1960 y aún hoy no puede considerarse concluido. Sintomáticas de la impetuosa transformación son las observaciones introductorias al “Concepto y esencia de la legítima defensa” en el Manual sobre la Parte General del Derecho Penal de *Maurach*. En la segunda edición (1958)² aún se celebraba sin reservas “el benéfico efecto de la técnica de legislación bien equilibrada”, que habría conducido a que ninguna otra institución fuera “en importancia, consecuencias y particularidades [...] tan indiscutida y tan clara como la legítima defensa”. A esto se atiene *Maurach* en principio todavía en la tercera edición (1965)³, advirtiendo, sin embargo, que la cuestión de la provocación de la legítima defensa presenta “en la actualidad problemas aún no aclarados”. En la cuarta edición (1971) se cambia el tiempo verbal de la frase sobre el carácter indiscutido y la claridad de la regulación de la legítima defensa: el presente se convirtió en pretérito imperfecto. Un año antes *Bockelmann* había introducido su artículo al libro homenaje a *Honig* con la anotación: el desarrollo del derecho de legítima defensa “se encontraría [...] en punto a sus limitaciones fundadas ético-socialmente”.⁴ Al final del decenio, *Hassemer* diagnostica en su imponente contribución al libro homenaje a *Bockelmann* un regreso a una dogmática pre-positiva, cuyo estilo estaría caracterizado por argumentos de tipo moral y retórico y por la directa dependencia de tendencias político criminales generales.⁵

Sobre las causas de la marcha triunfal de las limitaciones del derecho de legítima defensa por motivos “ético-sociales” se

han hecho muchas conjeturas. Para ella ha sido de importancia el abandono del liberalismo⁶ y el vuelco hacia representaciones de valor más fuertemente orientadas en la solidaridad.⁷ *Hassemer* ve una relación con la crisis de legitimación de la pena – el derecho de legítima defensa derivado del derecho penal del Estado y de la sociedad –, que paradójicamente tendría como consecuencia una ampliación de la punibilidad, a saber, del defensor.⁸ Dentro del sistema jurídico se podrá pensar también – a pesar del rechazo absolutamente preponderante – en el art. 2 apartado 2 letra a) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para mis consideraciones, que apuntan a cuestionar la legitimidad de la limitación del derecho de legítima defensa a causa de una provocación no intencional, al menos a reducir las consecuencias penales para el defensor, es, sin embargo, más importante constatar, ante todo, que la imposición de limitaciones ético-sociales del derecho de legítima defensa tuvo lugar en la praxis judicial, sin que una extensión de la punibilidad, y su objeción a causa del principio *nulla poena*, fuera considerada problemática.⁹ Esto tampoco se puede explicar con que existía una considerable circunspección frente a la extensión del ámbito de aplicación del Art. 103 Abs. 2 a la parte general¹⁰, dado que, así y todo, hubieron importantes voces a favor de excluir el derecho judicial y consuetudinario, al menos en el ámbito de reglas delimitadas entre las cuales se contaba también precisamente la disposición de la legítima defensa del § 53 Código Penal (vieja versión).¹¹ Que la cuestión de la admisibilidad constitucional de las limitaciones ético-sociales al derecho de legítima defensa era, en todo caso, merecedora y necesitada de discusión, difícilmente podrá ser puesto en duda en vista

* Título original: “Zur Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation”, in: Ahrens u.a. (eds.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, 1999, pp. 233-249. - Traducción de Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Belgrano y Universidad de Buenos Aires).

¹ Cfr., al respecto, sólo las extensas indicaciones de literatura de trabajos monográficos hasta la mitad de 1966 en *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 2, 3ª ed. 1997 en el § 15 (pp. 547-550). Desde entonces, respecto al ámbito de problemas que atañe a este artículo han aparecido, entre otras, las contribuciones de *Krack*, Anm. zu BGHSt 42, 97 en: JR 1997, 468; *Kühl*, StV 1997, 298; *Joerden*, JuS 1997, 725; *Schneble*, JuS 1997, 959; *Kühl*, en: Schulz et al. (eds.) Festschrift für Günter Bemmman zum 70. Geburtstag, 1998, p. 193; *Kargl*, ZStW 110 (1998), 38.

² En el lugar citado, p. 245.

³ En el lugar citado, p. 262.

⁴ *Bockelmann*, en: Barth et al. (eds.) Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, p. 19.

⁵ *Hassemer*, en: Kaufmann et al. (eds.) Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, pp. 225, 230 s.

⁶ Sobre los antecedentes del amplio derecho de legítima defensa alemán en el “más reciente derecho natural alemán” liberal *Kühl*, en: Klippel (ed.) Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, pp. 313, 320 ss y *él mismo*, en: Schulz et al. (nota 1), pp. 193, 194 ss.

⁷ Cfr. *Schroeder*, in: Kaufmann u.a. (eds.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, p. 127.

⁸ *Hassemer* (nota 5), pp. 230 s. Sobre otras hipótesis sociológicas, cfr. también *Arzt*, en: Grünwald et al. (eds.) Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, pp. 77 y ss.

⁹ En las decisiones pertinentes sobre el § 53 Código Penal (vieja versión), tal como BGHSt 3, 217; 5, 245 ss; 24, 356; BGH NJW 1962, 308; NJW 1969, 802, no se mencionan el art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental y el § 1 Código Penal.

¹⁰ Cfr. también *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed. 1969, pp. 23 s.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, *Engisch*, en: Engisch et al. (eds.) Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, pp. 127, 131; *Lenckner*, JuS 1968, 249 (252). Con decisión en contra de la restricción del § 53 Código Penal (vieja versión) en cuanto extensión de la punibilidad inadmisiblesobre todo *Kratsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1969, pp. 29 ss; *él mismo*, GA 1971, 65 (77 ss).

de la génesis del § 53 Código Penal,¹² pero también de la tradición de la interpretación del Tribunal del Imperio hasta ciertos apartamientos en su jurisprudencia durante el Tercer Reich.¹³ Manifiestamente, era tan grande el convencimiento de la corrección de las soluciones materiales que en la praxis las objeciones formales apenas surgieron.¹⁴

Con la segunda ley de reforma del derecho penal de 1973 y la introducción, el 1 de enero de 1975, de una nueva parte general del Código Penal, la cuestión de la admisibilidad constitucional de limitaciones al derecho de legítima defensa se ha ciertamente al menos aplazado.¹⁵ La adopción en esencia¹⁶ literal del viejo texto, sobre todo la conservación de los dos párrafos en el § 32 (nueva versión) con la fórmula de la cualidad de requerida (*Gebotenheit*) en el párrafo 1, debería cubrir las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa, consideradas ya, en principio, como consolidadas¹⁷, así que precisamente la conservación del texto conduciría bajo una interpretación histórica a otro contenido legal.¹⁸ En todo caso, el argumento de la *lex scripta* en contra de las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa fue considerado, después de esto, al menos como mitigado.¹⁹ y el argumento de la determinación en todo caso como relativizado, en la medida que el § 32 (nueva versión) no es más, ahora, una disposición cerrada, delimitada.²⁰ Con esto, desde luego, no está aún decidida la cuestión de la compatibilidad constitucional de la actual jurisprudencia sobre la provocación de la legítima defensa. En lo siguiente deben ser analizadas las objeciones en contra de esa interpretación de la provocación especialmente bajo el punto de vista del principio de determinación, el cual precisamente representa un límite para el legislador.

¹² Cfr. al respecto *Bockelmann* (nota 4), pp. 24 s con referencias.

¹³ Por ejemplo, RGSt 71, 134; 72, 58 (sobre todo en el fundamento).

¹⁴ En este sentido se señala también que en la temprana fase de la jurisprudencia sobre provocación de la legítima defensa la restricción del derecho de defensa era de lo más extrema (por ejemplo, BGH NJW 62, 308). Por el contrario, las decisiones de los años 70, comenzando por BGHSt 24, 356, se presentan nuevamente como un retorno amigable a la legítima defensa.

¹⁵ Sobre esto *Loos*, en: Broda et al. (eds.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag*, 1985, pp. 123, 128 s; diferente sin embargo en lo esencial *Engels*, GA 1982, 109.

¹⁶ Comparado con el viejo texto, solamente en el párrafo 1 del § 32 Código Penal (nueva versión) fue aclarado que la legítima defensa elimina la antijuridicidad del hecho.

¹⁷ Cfr., al respecto, las indicaciones sobre la génesis del § 32 Código Penal (nueva versión) en *Stree*, JuS 1973, 461.

¹⁸ *Loos* (nota 15), pp. 128 s.

¹⁹ Cfr. las referencias en *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (270) nota 21.

²⁰ A esto se refirió mi rechazo demasiado apodóctico de la interpretación de *Engels* (nota 15), GA 1982, 109 (129).

II.

El derecho de las limitaciones a la legítima defensa y con ello también las reglas jurídicas sobre la provocación de la legítima defensa son derecho judicial. En la típica manera de su gestación en Alemania esto incluye la fertilización a través de la ciencia jurídica.²¹ Si se pone la mirada en el derecho judicial de hecho aplicado, es poco razonable incluir la provocación intencional, pues en la praxis judicial ella no juega prácticamente ningún papel en todo caso a causa de la imposibilidad probatoria que regularmente existe.²² ²³ Sin embargo, separar las cuestiones de la provocación intencional de las otras provocaciones culpables es recomendable también porque el análisis conjunto de las provocaciones diferenciadas en lo subjetivo sugiere una similitud que para el sentimiento jurídico –precisamente también del ciudadano promedio – no existiría si se pusieran en claro las diferencias. Respeto a aquel que provoca para poder lesionar debería encontrar amplia aprobación el punto de vista que acepta un abuso del derecho a la legítima defensa que se ha ejercitado, lo que al menos es muy dudoso en caso de dolo sin la correspondiente finalidad o completamente en caso de imprudencia/temeridad.²⁴ En lo siguiente también debe quedar abierto si algo especial debe valer para la provocación con dolo directo; principalmente se piensa en la provocación con dolo eventual.

Una reconstrucción de la praxis hace bien en diferenciar nítidamente, ante todo, el lado objetivo y el subjetivo de la

²¹ Cfr., por ejemplo, las referencias de literatura en las decisiones guía BGHSt 24, 356 (358 s); 27, 336 (338). Sin embargo, esto se refiere más bien al presupuesto de la provocación; el lado de las consecuencias (en especial la « teoría de los tres niveles » en BGHSt 26, 143, sobre esto en el texto por las notas 35 ss) ha sido desarrollado –a pesar de las citas en la nota de la p. 146 – al menos en los detalles de manera autónoma por el Tribunal Supremo Federal.

²² Pertinente BayObLG en ZfEpfl en Bayern 1909, pp. 131 s. La decisión del Tribunal Supremo Federal, en *Dallinger*, MDR 1954, 335, en parte mencionada en este contexto, representa un caso de resolución mutua a una riña y por ello perteneciente a una tipología de casos diferente. En BGH NJW 1983, 2267 se excluye expresamente la provocación intencional.

²³ Productiva puede ser una discusión de la provocación intencional solamente en la medida que la « demostración » de que ya es inadmisibles la restricción de la legítima defensa en caso de la provocación intencional, « con mayor razón » puede quitar el sustento a las reglas de la provocación dolosa o imprudente(/temeraria). Así expresamente *Bockelmann* (nota 4), p. 24 y *Kiefner*, *Die Provokation bei Notwehr (§32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 3.

²⁴ *Neumann*, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, con evidente sentimiento jurídico del público, se refiere expresamente a la provocación intencional para su meta-regla (“prohibición de invocación”) como relajamiento necesario a causa de un conflicto de la regla primaria dogmática (pp. 142 s, 176 ss).

acción de provocación²⁵ limitadora del derecho a la legítima defensa,²⁶ porque con ello se aguzan las cuestiones, especialmente aquella de la relación entre el lado objetivo y el subjetivo. Según la posición actual del Tribunal Supremo Federal, desde el punto de vista objetivo la acción de provocación debe ser antijurídica o bien tan reprobable ético-socialmente que equipare en desvalor a una acción antijurídica.²⁷ Adicionalmente,²⁸ la acción debe hacer aparecer a la agresión como una consecuencia adecuada. Que con ello sean señalados criterios precisos, difícilmente pueda afirmarse en vista del desacuerdo fáctico sobre criterios éticos-sociales²⁹ que ha de constatar en una sociedad pluralista³⁰; precisamente en tal sociedad, el derecho positivo tiene la función de ser una « directriz temporal » (Luhmann). Por ello, parece preferible exigir una acción previa antijurídica, lo que hoy es aceptado en la literatura probablemente de manera preponderante.³¹ Sin embargo, queda la duda de si esta ganancia en precisión, de por sí deseable, no resta en cierta manera superficial, porque no debería poder construirse una relación de antijuridicidad entre, por un lado, la acción (de provocación) prohibida por

el derecho y, por otro lado, el peligro y resultado de la acción de defensa.³²

En cuanto al lado subjetivo se exige dolo o temeridad; quizás también se considera suficiente imprudencia (simple).³³ Menos claro es a qué se ha de referir el dolo y la imprudencia. Parece obvio que el objeto de referencia es la agresión “provocada”;³⁴ incierto es, sin embargo, si también lo es la acción de defensa o su resultado. En la provocación intencional incluso ambos son evidentemente objeto de referencia. Regularmente, de la espera o expectativa de una agresión determinada también se podrá construir en todo caso la “imprudencia” respecto a la propia defensa; de todos modos, puede ser que la situación de defensa se empeore, también sin que esto se haya de reconducir únicamente a la agresión.

Del “lado de las consecuencias” el *Tribunal Supremo Federal* sigue la “teoría de los tres niveles” por él creada.³⁵ Según ella, el provocador, *ante todo*, debe *alejarse*, con lo cual le es quitado el privilegio de no deber darse a una “fuga vergonzosa”.³⁶ También debe apartarse cuando, de ese modo, la defensa puede efectuarse con un medio menos peligroso para el agresor.³⁷ En la formulación del cuarto Senado en lo Penal, en este sentido más estricta, falta también la limitación del segundo Senado en lo Penal de que sólo sería exigido un alejamiento momentáneo.³⁸ Seguro es, sin embargo, que se exige más que solo un ‘salir de la dirección de la agresión’, esto es, desde el punto de vista de los bienes jurídicos del defensor que había provocado está afectada no sólo la libertad general de acción, sino también la libertad de movimiento.³⁹ Con todo, esto depende de la cuestión no

²⁵ Me limito aquí a *acciones* de provocación y dejo abierto si también hay una provocación relevante por omisión. Cfr. al respecto el grupo de casos por mí investigados en: JuS 1985, 859 (860).

²⁶ Esto no siempre ocurre claramente cuando se habla resumidamente de “agresiones provocadas culpablemente” (cfr. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed. 2007, § 32 n. 14).

²⁷ BGHSt 24, 356 (358) s exige una acción antijurídica (“reprochable por el derecho”). BGHSt 42, 97 (101) consideraba suficiente, expresamente, una infracción contra la ética social, cuando la importancia por ejemplo “iguala a una injuria grave”. Para una evaluación de las decisiones del Tribunal Supremo Federal pertinentes en este punto, cfr. *Roxin* (nota 1), § 15, n. 68 (p. 583 s); cfr. también *Herzog*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2ª ed. 2005, t.2, § 32 n. 121 con referencias.

²⁸ Así, probablemente, BGH StV 1996, 87. En BGHSt 27, 336 (338) la causación adecuada de la agresión también podría ser entendida como único criterio para determinar la cualidad de la acción de provocación, porque la alusión a un “quebrantamiento del deber” (en el lugar citado) queda absolutamente indeterminada. Dado que en esta última decisión el Tribunal Supremo Federal niega, sin embargo, una provocación, no necesitó establecer este aspecto.

²⁹ Aquí no se necesita pensar solo en un grupo de marginados. Sobre qué conducta es exigible a otros y ha de ser tolerada por ellos no hay unanimidad evidentemente en muchos aspectos, por ejemplo, entre los diferentes grupos de edades de la entera población.

³⁰ En qué ve *Kühl*, (StV 1997, pp. 193, 199 s) la ganancia en delimitación a través de la comparación con valoraciones jurídicas, no es claro, dado que criterio de valoración para la equivalencia de desvalor puede ser solamente la ética social.

³¹ Cfr. *Roxin* (nota 1), § 15 nm 69 (p. 584) con referencias en la nota 135.

³² Evidentemente, éste también es un problema de todas las construcciones de *actio illicita in causa*. La consideración va más allá de la correcta indicación de *Krack*, JR 1997, 469 con la nota 9.

³³ Cfr. las referencias en *Roxin* (nota 1), § 15 n. 66. El Tribunal Supremo Federal en BGHSt 26, 143 (145) se basa en la temeridad del autor; con todo, dado que *in concreto* ella fue aceptada de modo no problemático, probablemente este elemento no es considerado como criterio. La provocación con dolo (eventual) es nuevamente distanciada de la imprudente en la decisión BGHSt 39, 374; las restricciones drásticas (problemáticas) del derecho de legítima defensa se explican probablemente en los aterradores casos de una confrontación entre una inescrupulosa predisposición a matar para la (supuesta) protección del botín y una justicia de propia mano violenta sin consideración de terceros ajenos.

³⁴ Así, probablemente, también en BGHSt 24, 356 (358), donde en caso de rechazo de la “espera” solo debería excluirse el dolo.

³⁵ Desarrollada en BGHSt (*segunda sala*), 24, 356 (358 s); BGHSt (*cuarta sala*), 23, 143 (145 s).

³⁶ Expresamente BGHSt 26, 145: en el resultado, probablemente no diferente BGHSt 24, 358.

³⁷ BGHSt 26, 145.

³⁸ BGHSt 24, 358.

³⁹ Esto probablemente no era así en BGHSt 5, 245 (248 s), donde se trataba solamente de la exigibilidad de *retirarse* del

aclarada completamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de por cuánto tiempo puede ser exigida una fuga. Más esencial aún es, sin embargo, la objeción que, por lo menos, no es atípica, de que con la huida se empeora la situación de defensa con serias consecuencias para el defensor, pero también, en ciertas circunstancias, para el agresor o para ambos. La misma objeción se intensifica si el defensor está limitado *en el segundo nivel a la defensa de protección*⁴⁰, esto es, si le es impuesto el riesgo de lesión en caso de una forma de escalada, que en definitiva apenas puede pronosticarse con fiabilidad, de una agresión sólo provisoriamente detenida por parte de un agresor antijurídico. Este riesgo apenas será atenuado si [según el BGH] una *defensa de agresión* no debe estar excluida tan pronto como exista peligro de muerte o peligro de ser “golpeado gravemente”;⁴¹ pero, al mismo tiempo, se agrega que han de tolerarse daños menores – esto es, en ciertas circunstancias, una sensación de éxito estimulante para el agresor –,⁴² y, finalmente, que deben permitirse medios de defensa que impliquen peligro de muerte “sólo [como] último recurso”, debiendo éste estar precedido “si es posible” por un empleo de armas menos peligroso.⁴³ Si con ello es nuevamente retirado el permiso de defensa ilimitado en caso de peligro de “grave golpiza” o de lesión grave, si y en qué medida la “posibilidad” de un medio de defensa menos peligroso está determinada a través de un pronóstico de resultado, no es, al menos, precisamente claro.

Para fundar la limitación del derecho de legítima defensa en caso de provocación culpable, el *Tribunal Supremo Federal* se apoya en la consideración de que el principio de conservación del derecho, que, junto con el principio de protección individual, está a la base de la regulación de la legítima defensa, no sustentaría más el derecho de defensa ilimitado, cuando el defensor comparte la responsabilidad del conflicto desencadenado con la agresión.⁴⁴ El *Tribunal Supremo Federal* parte, por lo tanto, de una legitimación “dualista-cumulativa” de la legítima defensa.⁴⁵ *Roxin*⁴⁶ explica la idea en el sentido de que una agresión provocada causaría una “conmoción mucho menor en la población”. Las cuestiones de la legitimación de la legítima defensa son, como es conocido, extraordinariamente controvertidas en la literatura;⁴⁷ no menos controvertidos son también los argumentos “empíricos” con referencia a presuntas actitudes de la población. En definitiva, de las consideraciones de principios o consideraciones de concurrencia de principios al

menos aquí no se derivan forzosamente o siquiera plausiblemente razonamientos para decisiones concretas. Limitaciones a la legítima defensa a causa de provocación pueden también “deducirse” en el marco de una concepción individualista de la legítima defensa de una responsabilidad del agredido por la situación de conflicto. Presuntamente, las valoraciones finalmente decisivas provienen, si así se quiere, de fuentes “políticas” completamente diferentes.⁴⁸ Arriba ya se ha hecho mención de las concepciones basadas en el liberalismo y la solidaridad; probablemente, repercutan también las hipótesis cuasi-empíricas sobre la reducción, deseada en todas partes, de la disposición a la violencia⁴⁹, en lo cual la “elección” de la hipótesis probablemente también esté guiada nuevamente por valoraciones. Sobre tales cuestiones no es posible obtener ningún acuerdo racionalmente fundado; sólo desde el punto de vista fáctico puede existir un consenso más o menos amplio, el cual, sin embargo, según mi apreciación, no va mucho más allá del rechazo de las posiciones extremas del liberalismo o de la solidaridad.⁵⁰ Por ello, en lo siguiente deben ser discutidos principios para una crítica a partir de consideraciones más formales contra tales valoraciones materiales.

III.

1. A partir de la segunda mitad de los años ochenta, la jurisprudencia del *Tribunal Supremo Federal* ha sido criticada cada vez en mayor medida por los jóvenes penalistas; ellos pudieron basarse, desde luego, en los antiguos críticos.⁵¹ La idea básica decisiva, que primero fue expuesta por *Mitsch*⁵² y luego de manera similar por *Frister*⁵³ y *Renzikowski*⁵⁴, es que el agresor antijurídico, esto es, quien según el § 32 Código Penal no está justificado por una defensa necesaria de una provocación antijurídica, no merece protección, porque, con su agresión antijurídica, él mismo se habría puesto en peligro de ser lesionado por una acción de defensa. El agresor tampoco se encuentra en una situación de necesidad luego del comienzo de su agresión; antes bien, él podría proteger la integridad de sus bienes jurídicos abandonando la agresión. Según la opinión de los mencionados autores, este argumento serviría como objeción contra todos los argumentos hasta ahora formulados para la limitación del derecho a la legítima defensa en los casos de provocación. De hecho, a través de ello la fuerza persuasiva

cine. Sin embargo, en caso de fuga frente a un agresor el camino de fuga está al menos en parte determinado y otras alternativas están por ello excluidas.

⁴⁰ BGHSt 24, 359; 26, 145.

⁴¹ BGHSt 24, 359; 26, 145.

⁴² BGHSt 26, 145.

⁴³ BGHSt 26, 146.

⁴⁴ Significativo BGHSt 24, 356 (359).

⁴⁵ Coincidentemente *Roxin* (nota 1), § 15 n. 1, 65.

⁴⁶ En el lugar citado, n. 65.

⁴⁷ Recientemente, sobre esto otra vez *Kargl* (nota 1). Cfr. también los trabajos de *Kühl* mencionados en la nota 6.

⁴⁸ Cerca de y en las notas 6 y 7.

⁴⁹ Sobre la contención de la disposición a la violencia, cfr. abajo por la nota 91.

⁵⁰ Cfr. al respecto también en IV.

⁵¹ *Bockelmann* (nota 4), p. 31; *Hassemer* (nota 5), p. 244; *Hillenkamp*, Vorsatz und Opferverhalten, 1981, pp. 125 ss, 129; como siempre, crítico del Tribunal Supremo Federal *Spendel*, en: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (eds.) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 2, 11ª ed. 2003, § 32, n. 301.

⁵² *Mitsch*, Straflöse Provokation strafbarer Taten, 1986, pp. 120 s; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11ª ed. 2003, § 17 I 3b (pp. 324 s).

⁵³ *Frister*, GA 1988, 291 (301 s.).

⁵⁴ *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 301 s.

de las consideraciones de que se debilitaría el interés de conservación del derecho, que el conflicto entre agresor y defensor tendría que ser compartido por el provocador o que un ejercicio del derecho a la legítima defensa pleno por el provocador sería un abuso del derecho, al menos se reduciría considerablemente.⁵⁵ La argumentación se vuelve todavía más plausible a través del desarrollo, completamente independiente de la problemática aquí tratada, de la doctrina general de la interrupción de la imputación por la conducta de auto-puesta en peligro voluntaria y consciente del lesionado. Esto vale en todo caso, si en esa doctrina no sólo se ve una solución para cuestiones de la imputación de la consumación, sino de la delimitación de ámbitos de responsabilidad.⁵⁶ Las objeciones en contra de una no exoneración de responsabilidad del provocador son tanto más fuertes si la provocación ha ocurrido no ya con dolo, sino sólo con imprudencia o temeridad, porque, en todo caso en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia⁵⁷ la interrupción de la relación de imputación en caso de auto-puesta en peligro voluntaria y consciente es generalmente reconocida entretanto también en la praxis judicial. Con estas anotaciones incompletas debemos darnos por satisfecho.

2. Una objeción en contra de la limitación del derecho a la legítima defensa a causa de una provocación precedente del agredido podría resultar del principio de coincidencia o de simultaneidad.⁵⁸ Este principio, derivado del principio de la culpabilidad por el hecho, exige que, en principio, todos los presupuestos de la punibilidad del delito deban estar presentes en el momento en que finaliza la acción. Esto podría infringirse si la antijuridicidad de la acción de defensa es fundada en una provocación que la precede temporalmente. Sin embargo, hasta el momento es poco claro el sentido del principio de coincidencia; este principio es referido hasta ahora esencialmente a los elementos subjetivos del delito y aun en ese ámbito es considerado en la praxis y teoría como no absoluto, contra lo cual, sin embargo, también se han alzado continuamente críticas.⁵⁹ Además, en contra del

principio en cuestión puede indicarse el § 35 apartado 1 oración 2 Código Penal, según el cual una situación de necesidad causada por el propio autor excluye la invocación del estado de necesidad exculpante, a primera vista una situación paralela a la situación de agresión causada por provocación.⁶⁰

Las quiebras no deben descartar, sin embargo, la relevancia del principio para el juicio de la provocación. En los casos de los §§ 17 y 20 Código Penal ellas son todo menos que incuestionables; la regulación en el § 35 Código Penal puede entenderse como una regulación especial, de lo que resulta que el § 35 apartado 1 oración 1 significa mera indulgencia frente a quien actúa con culpabilidad sólo reducida⁶¹, lo que no debe ser trasladable a cuestiones de determinación del ilícito.⁶²

Por otra parte, debe reconocerse, sin embargo, que deberes de acción o de omisión en el ámbito de los delitos especiales pueden ser completamente modificados, pero también fundamentados, por medio de acciones anteriores del autor, lo que vale especialmente para las posiciones de garante. En este sentido, la construcción de injerencia propuesta por *Marxen*⁶³ para los casos de provocación sería conforme a sistema y no criticable de manera contundente con base en el principio de coincidencia. Desde luego, no ha de pasarse por alto la diferencia entre el deber de garante por injerencia y el deber de tolerancia del provocador establecido en la praxis: La conducta precedente del injerente limita en principio sólo su libertad general de acción; que él deba sacrificar bienes jurídicos específicos ha de aceptarse, precisamente en la injerencia, solo con la mayor cautela⁶⁴; en

determinación del momento decisivo para la evitabilidad del error de prohibición según el § 17 oración 2 Código Penal – cfr. al respecto *Schroeder*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (nota 51), § 17, n. 47.

⁶⁰ Cfr. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. 1991, 12/49.

⁶¹ Cfr. *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed. 1996, pp. 477 s; *Hirsch*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (nota 51), previo a § 32, n. 195, con otras referencias sobre la doctrina mayoritaria.

⁶² Lo mismo vale para el § 213 alternativa 1 Código Penal, al cual también se refiere *Jakobs* (nota 60).

⁶³ *Marxen* (nota 55), pp. 56 ss, 58 s. Diferente es el planteamiento de *Jakobs* (nota 60), 12/49, quien no se basa en la responsabilidad por el peligro para los bienes jurídicos del agresor, sino en el provocador/defensor e invoca los §§ 35, 213 grupo de casos 1 Código Penal. Ambas disposiciones conciernen, sin embargo, cuestiones de la indulgencia en el componente de la culpabilidad (cfr. al respecto ya nota 59), no la constitución del ilícito, para lo cual deben valer los principios formales más estrictos que serán tratados en el punto II.

⁶⁴ Prescindiendo de la cuestión de si los casos de responsabilidad por el producto (BGHSt 37, 106) son solucionados correctamente con la idea de la injerencia, los gastos financieros pueden ser fundamentados de otra manera probablemente ya desde el punto de vista del derecho civil.

⁵⁵ *Renzikowski* (nota 54) argumenta primariamente contra la construcción de injerencia de *Marxen* (Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr, 1979, pp. 56 ss). Cfr. al respecto también en el texto por las notas 63 ss.

⁵⁶ Cfr. al respecto solamente *Roxin* (nota 1), § 11, n. 90 ss, especialmente nm. 91 (pp. 334 ss).

⁵⁷ Que el concepto de responsabilidad por imprudencia es concebido aquí de manera amplia, esto es, que se trata no (sólo) de la realización de tipos de imprudencia (por ejemplo, según los principios de la *actio illicita in causa*), necesita probablemente sólo ser apuntado.

⁵⁸ *Neumann*, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, pp. 14 s; *Hruschka*, GA 1981, 236 (248), n. 16.

⁵⁹ Especialmente se preconizan quiebras en cuanto a la limitación de la exculpación o disculpa (*Dekulpation*) en caso de un arrebato culpable – al respecto, BGHSt 35, 143 (144 s) con la concesión parcial al principio de que al menos era previsible el último hecho en estado de capacidad de culpabilidad; *Roxin* (nota 1), § 20, n. 17 ss, pp. 763 ss; *Frisch*, ZStW 101 (1989), pp. 538 ss – y en cuanto a la

los casos de provocación, sin embargo, al provocador se le impone un deber de tolerar daños corporales no insignificantes⁶⁵ Si tal reducción del derecho a causa de una falta anterior puede derivarse de la idea de la injerencia, al menos hasta ahora no es claro.⁶⁶

Más allá de ello, también ha de ponerse en duda si existe la “relación interna” entre la acción de provocación y la acción de defensa puesta por *Marxen* como punto de partida de su argumentación. En la injerencia, quien actúa precedentemente no sólo crea un peligro para los bienes jurídicos, sino que, según la correcta opinión,⁶⁷ también debe existir una relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma a través de la conducta precedente y el peligro (especialmente en la tentativa) y el resultado de la omisión. Tal relación de antijuridicidad ha sido negada arriba⁶⁸ en desarrollo del planteamiento de *Renzikowski* a causa del hecho libre del agresor que entra en medio. Más allá de ello, también se han presentado dudas, si la provocación debe ser antijurídica y no sólo ético socialmente desaprobada, acerca de si típicamente existe al respecto una relación de antijuridicidad.⁶⁹

Por consiguiente, existen importantes objeciones contra una reducción del derecho a causa de la “falta” anterior a través de la acción de provocación. Si esas objeciones pueden subsumirse aún en el principio de coincidencia, debe quedar abierto en este lugar y tampoco puede decidirse sin un estudio más profundo de este principio.

3. Si falta, sin embargo, una relación de antijuridicidad entre la provocación y la acción de defensa, podría pensarse a lo más en penalizar la acción de provocación en cuanto tal. Éste ha sido el enfoque de evaluar la provocación de la legítima defensa según los principios de la *actio illicita in causa*,⁷⁰ cuya construcción, sin embargo, actualmente es rechazada.⁷¹ Tampoco el argumento tratado aquí en el punto III.1 permite fundar una responsabilidad en caso de *actio illicita in causa dolosa*⁷², ni imprudente.

Conforme a ello, en todo caso ha de pensarse en prever *de lege ferenda* una penalización de la acción de provocación bajo el punto de vista de la creación de un peligro (concreto o abstracto) para el agresor. Una propuesta de esto se encuentra

en *Kiefner*.⁷³ Sin embargo, no debe desconocerse que, de todos modos, a una configuración como delito de peligro concreto puede oponerse nuevamente el argumento de una interrupción de la relación de imputación: la víctima en peligro se encuentra en una situación, cuyo riesgo ella misma puede controlar, a saber no dejándose provocar.⁷⁴ Estas cuestiones no pueden ser aquí profundizadas. Con todo, aún puede apuntarse que en caso de disposición mutua a la agresión, como está a la base de las decisiones del Tribunal Supremo Federal (BGHSt 39, 133 ss y 39, 374 ss), en donde desde luego la figura de la provocación de la legítima defensa pone a disposición sólo una solución a medias,⁷⁵ existe una apremiante necesidad de pena. Consideraciones del tipo, en los casos normales de la provocación no conectar el quantum de ilícito a la acción y el resultado de la defensa, conducen, en todo caso, a una adecuado nivel de sanción. Esto debe ser explicado con el ejemplo de la provocación imprudente/temeraria.

Si el ilícito realmente reprochable consiste en la provocación misma, no ha de justificarse que la acción de defensa sea penada como delito doloso, cuando la provocación fue solamente imprudente o temeraria.⁷⁶ La construcción de la *actio illicita in causa* ya había aquí abierto el camino de la punición por imprudencia. Pero aun cuando no se comparta la premisa para la determinación del ilícito, aparece al menos necesitado de explicación, por qué una conducta cuyo carácter riesgoso un autor no reconoce, o sí lo hace pero incorrectamente lo minimiza, puede ponerlo ante la elección de aceptar las consecuencias de una agresión o cargar con la pena por un delito doloso. Esta alternativa es especialmente fatal para el interesado, porque la defensa necesaria – de lo contrario no entra en consideración la figura de la provocación – con frecuencia consistirá en un homicidio o en una lesión corporal grave; en los casos documentados en las decisiones de los tribunales penales se trata regularmente de estos graves tipos; los tipos de homicidio están sobre-representados. Un proceso penal y una pena por homicidio, aun cuando por medio del § 213 Código Penal se garantice una suspensión condicional de la condena, significa, sin embargo, una injerencia draconiana en una biografía. Si la diferencia punición por homicidio o absolución está en una relación que pueda hacerse de algún modo plausible con la diferencia imprudencia/temeridad de la provocación o provocación no reprochable, de lo que depende por cierto la decisión en la diferencia mencionada en primer término, aparece tan dudoso que debe reclamarse un intento de motivación.

⁶⁵ Aquí estaría cubierto naturalmente el deber de mero apartarse que no aumenta el riesgo.

⁶⁶ La crítica de *Bitzilekis*, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 164 ss, a *Marxen* está planteada de manera más formal.

⁶⁷ Cfr *Rudolphi*, en: *Rudolphi et al. (eds.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2001, § 13 n. 39b con referencias.

⁶⁸ Cerca de y en las notas 56 s.

⁶⁹ Cerca de y en las notas 56 s.

⁷⁰ *Lenckner*, GA 1961, 299; otras referencias en *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25ª ed. 2007, § 32 n. 57.

⁷¹ *Roxin* (nota 1), § 15 n. 64 con referencias.

⁷² En caso de *actio illicita in causa dolosa*, esto vale también para fundamentar la autoría mediata.

⁷³ *Kiefner* (nota 23), p. 58.

⁷⁴ En este sentido, el típico caso de provocación se diferencia probablemente también de la constelación por mi discutida en JuS 1985, 859 (860) con notas 20 y 23, en donde podía pensarse en el § 323c Código Penal.

⁷⁵ En todo caso, estas constelaciones no tienen nada más que ver con la provocación con imprudencia/temeridad.

⁷⁶ Sobre la cuestión poco clara de a qué se refiere, en realidad, la imprudencia o la temeridad, cfr. el texto por la nota 33.

Finalmente, bajo la premisa de la praxis actual debe aún indicarse que a las cuestiones del aspecto subjetivo en la inabundancia por acciones de defensa luego de una provocación reprochable, en cuanto me es evidente, no es concedida bastante atención en la jurisprudencia ni en la literatura. En todo caso, luego de una provocación imprudente o temeraria desde el punto de vista fáctico la aceptación de un error de prohibición (error sobre el permiso) probablemente no sería algo muy extraño. Incluso si tal error luego debiera clasificarse como evitable resultarían no sólo posibilidades de atenuación de la pena, sino también podría ser atenuado el etiquetamiento del autor. Más trascendente sería aún, sin embargo, la aplicabilidad del § 16 apartado 1 Código Penal, si al autor no se le pudiera refutar que él ha contado con que las lesiones proporcionalmente leves que en principio lo amenazan sólo son el preludeo de otras lesiones más graves que irían más allá del límite de los daños a ser tolerados, lo cuales temía luego no poder más rechazar. Ya desde el punto de vista objetivo tal expectativa no es inusual en un agresor provocable, mucho más probable es tal temor en el agredido en razón de su situación de opresión. Los tribunales de mérito tienen aquí, por consiguiente, motivo para investigar.⁷⁷

4. Una última objeción, quizás las más importante, contra la limitación de la legítima defensa en caso de provocación con dolo (eventual) o con imprudencia/temeridad resulta de que la determinación (precisión) de la pena estatal estructuralmente no ha de ser garantizada en una gran parte de los casos que aquí entran en consideración. Al respecto, no es necesario en absoluto pensar en una determinación *legal*,⁷⁸ la cual puede aparecer exagerada con la apertura al derecho judicial a través de la segunda ley de reforma del derecho penal.⁷⁹ Sin embargo, esto no excluye exigir también de un derecho judicial que entra ante el vacío del derecho legal el establecimiento de *reglas* que posibiliten también a los tribunales de instancia decidir los casos pendientes según el derecho positivo y no según la valoración del cadí.

⁷⁷ Naturalmente, con esto se abren a la defensa chances, que a veces no han sido percibidas presuntamente a causa de la no siempre existente familiaridad con el instrumentario de la teoría del error. El § 16, por medio del apartado 1, oración 2, daría al menos la posibilidad de escapar hacia la responsabilidad por imprudencia, incluso cuando no opere el § 33 Código Penal que también excluiría esta última responsabilidad.

⁷⁸ Así, sin embargo, Koch, ZStW 104 (1992), 785 (816 ss) con las reflexiones dignas de considerar (similar probablemente ya en principio Lenckner, GA 1968, 9) de que las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa no se apoyan en una reducción teleológica del § 32 Código Penal, a través de la cual se hace valer la *ratio legis* legislativa, sino en el principio, que funda la legítima defensa, de los principios contrapuestos (al respecto, en el lugar citado, pp. 790 ss, 799 ss). La cláusula de la cualidad de requerida (*Gebotenheit*) no satisfaría, sin embargo, la exigencia del Art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental.

⁷⁹ Cfr. arriba en el texto por las notas 15-19.

Sin embargo, en la literatura es defendida la opinión de que las cuestiones de la antijuridicidad por principio se opondrían al mandato de determinación del Art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental, porque las cuestiones de ponderación de bienes e intereses, el objeto material del nivel de la antijuridicidad, harían necesaria una ponderación de todas las circunstancias del caso concreto.⁸⁰ Si se toma este mandato al pie de la letra, es desde luego irrealizable a causa de la “intensiva infinidad” de cada constelación individual (Heinrich Rickert). Ya por este motivo es necesaria la orientación en reglas que determinen la relevancia, las cuales en todo caso sólo pueden ser nuevamente reglas jurídicas fundadas en bienes jurídicos o intereses jurídicos. Pero además, el modelo de la jurisprudencia sobre la provocación de la legítima defensa no es precisamente un modelo de ponderación de intereses o bienes jurídicos, sino un modelo de atribución de responsabilidad fundado en la conducta (del provocador), para el cual tales aporías (reales o presuntas) no pueden ser importantes en cuanto a la aplicabilidad del principio de determinación.

Las dificultades fundamentales para un juicio orientado en reglas resultan de que la situación que desencadena la agresión antijurídica se caracteriza con frecuencia, cuando no incluso típicamente, por el hecho de que el punto de partida no es una provocación claramente identificable, sino que existe un recíproco “ir y venir que va ganando en intensidad”⁸¹ de los adversarios que en principio no actúan antijurídicamente; la “provocación de la provocación” como suceso de tres miembros (provocación – provocación – agresión antijurídica) representa solamente un caso especial y además obviamente también solo una construcción ex-post. Hassemmer ya había puesto de relieve todo esto con absoluta claridad en la temprana crítica a la jurisprudencia sobre la provocación;⁸² probablemente sólo la equivocada orientación a la provocación intencional no ha favorecido por mucho tiempo esta cuestión. Sin embargo, a más tardar con la decisión del compartimento del ferrocarril del Tribunal Supremo Federal⁸³ esta problemática no puede más pasarse por alto.

Bernsmann⁸⁴ ha sostenido que es absolutamente indiferente que la provocación que desencadena la agresión haya estado precedida o no por una anterior, dado que toda conducta provocadora debería desencadenar la limitación a la legítima defensa, porque con ella se habría prestado una contribución a la tensión que finalmente ha conducido a la erupción. Si bien con esto, como se propone Bernsmann, deviene superflua la cuestión sobre el origen de la

⁸⁰ Cfr. las referencias en Koch, ZStW 104 (1992), 806 (816); en sustancia, también parte de la ponderación ilimitada de las circunstancias mencionada en el texto Erb, ZStW 108 (1996), 266 (286 ss) con una cláusula general de adecuación que necesariamente ha de añadirse a las causas de justificación formuladas.

⁸¹ Kühl, StV 1997, 298.

⁸² Hassemmer (nota 5), pp. 232 ss, 234 ss.

⁸³ BGHSt 42, 97.

⁸⁴ Bernsmann, ZStW 104 (1992), 290 (318).

provocación mutua, lo que por motivos probatorios podría ser útil, las representaciones de *Bernsmann* soslayan, sin embargo, la realidad de la vida. Reaccionar frente a una conducta provocadora que con frecuencia no puede ser impedida con una súplica cortés sólo con tolerancia y no con una conducta que por su parte puede ser interpretada como provocación, exige demasiado a muchos ciudadanos sin que pueda justificarse la razón de colocarlos ante la elección de tolerar lesiones a la integridad corporal o incurrir en una pena. Que con ello la desvergüenza obtiene un pase libre, tampoco es una consecuencia colateral deseable y pacificadora. La opinión preponderante opera, por ello, con la construcción de la provocación de la provocación, se pregunta por el punto de partida y juzga la limitación a la legítima defensa según si el finalmente agredido / defensor ha respondido “adecuadamente” o “reaccionado en exceso”.⁸⁵ Ahora bien, ¿es o no aún “adecuado” en un vagón de ferrocarril reaccionar a exhalaciones de cerveza abriendo la ventanilla?⁸⁶ Las cuestiones devienen más opacas cuando el proceso de “idas y vueltas” se torna más complejo.

Con tales sutilezas termina la orientación en reglas; las jurídicas no son de todos modos evidentes; las presuntamente ético-sociales no son más que construcciones ad-hoc. El juicio tampoco deviene más seguro si las acciones de provocación son, por ejemplo, injurias antijurídicas, las cuales, sin embargo, porque terminadas, no conducen a un derecho a legítima defensa y por ello sólo pueden ser valoradas como provocaciones. Un resbalo en una justicia del cadí, en la cual importa esencialmente si el acusado hace una buena o mala impresión o, si la víctima de la defensa ha sobrevivido, una mejor o peor impresión que su adversario, difícilmente pueda evitarse.

La renuncia a la articulación jurídica tiene otra consecuencia sumamente delicada, a saber el creciente riesgo de errores en las constataciones fácticas. Juzgar la adecuación o no adecuación de la reacción presupone un esclarecimiento de los antecedentes que debe fundarse en las declaraciones de testigos. Su percepción y memoria será tanto más problemática, cuanto menos limitados por formas precisas, como ofrecen los tipos penales también en el mundo de los laicos, estén los sucesos a reproducir;⁸⁷ las valoraciones subjetivas pueden presuntamente modificar declaraciones que conciernen a hechos en una manera que no puede ser esclarecida judicialmente.

IV.

Una crítica de la praxis de las limitaciones a la legítima defensa por provocación sería incompleta, si no fuera esbozado a grandes rasgos cuáles limitaciones a la legítima defensa (*de lege lata* o también sólo *de lege ferenda*) pueden ser consideradas razonables y requeridas. Esto también ya es necesario para evitar la impresión de que se hablaría a favor

⁸⁵ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed. 1997, § 7 nm. 236 (p. 236) con referencias.

⁸⁶ Cfr. BGHSt 42, 97 con las diferentes opiniones de *Krack*, JR 1996, 469 y *Kühl*, StV 1997, 298.

⁸⁷ Al respecto, *Loos*, JR 1997, 514 (515 s).

de una ilimitada “fuerza” (*Schneidigkeit*) de la legítima defensa.

La limitación de la autorización a la legítima defensa en los casos en que al agresor (con observancia del principio de necesidad) es infligido un daño desproporcionadamente mayor comparado con los perjuicios que amenazan al defensor a través de la agresión es, en todo caso en principio, hoy indiscutida.⁸⁸ Para nada claro es, sin embargo, cuándo ha de aceptarse una “desproporcionalidad” que excluya la autorización a la legítima defensa. Actualmente, quien va más lejos es probablemente *Bernsmann* que abiertamente quiere excluir un homicidio justificado también cuando al agredido amenaza una golpiza capaz de conducirlo al hospital.⁸⁹ Aquí sería pertinente la aguda observación de *Schmidhäuser*,⁹⁰ de que se trataría de un “trozo de coquetería con costos ajenos”. Ni las más altas pretensiones ético individuales del sermón de la montaña, ni los programas de educación de la población sumamente inseguros en cuanto a sus efectos pueden ser ideas rectoras para la determinación del mínimo ético social que el derecho penal solo puede y debe garantizar. Sobre el programa de educación de la población ha de observarse que la esperanza de *Bernsmann*⁹¹ de reducir el potencial de violencia en la sociedad a través de la limitación del derecho a la legítima defensa no está probada empíricamente con nada; la tesis puede ser invertida al menos con la misma eficacia en el sentido que la actividad violenta puede florecer si *in casu* de todas maneras no se ha de temer ninguna resistencia.⁹² Por otra parte, entre los conciudadanos parece estar difundida la interpretación (¡abstracta!) de que para la protección de bienes materiales

⁸⁸ El viejo caso de escuela de que para repeler un hurto de cerezas por niños y jóvenes es empleada un arma de fuego, podría ahora hacerse realidad en Bad Gandersheim (cfr. SZ, 9 de julio de 1998). Posiblemente, fue incluso observada la “necesidad”, dado que el empleo de un largo bastón por el viejo custodio de 68 años no habría servido a nada (uno de los jóvenes habría gritado: ¡ven a buscarnos! ¿una provocación?). En total, la sentencia reitera la confirmación de que todo lo que es posible (psicológicamente), en algún momento también será realidad.

⁸⁹ *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 (321 ss) donde los límites son trazados, en esencia, en las lesiones según el § 224 (vieja versión). La evitación de pena a través de un ampliado § 33 Código Penal propuesta por *Bernsmann* (en el lugar citado, pp. 324 ss) – en esencia, similar a mi referencia al § 16 como solución de emergencia por la nota 77 – desvirtúa, sin embargo, las objeciones expuestas a continuación en el texto, aunque pone en discusión el programa de educación del pueblo (también sobre esto ver el texto que sigue).

⁹⁰ *Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (137). Por razones cronológicas, *Schmidhäuser* no se refiere a *Bernsmann*.

⁹¹ *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), especialmente pp. 305 s.

⁹² La pasividad del público, alimentada probablemente por diferentes motivos, frente a la observación de hechos de violencia, los cuales no puede ser gobernados a través de drásticas limitaciones a la legítima defensa de terceros, parece fomentar muchas actividades de violencia.

debería negarse el permiso de homicidios y de daños graves a la salud.⁹³ También aquí podrá dudarse, sin embargo, cuando al agredido amenaza la ruina económica.⁹⁴ Es sorprendente en este contexto que, en cuanto me es evidente, no se reflexiona acerca de si con la limitación de la legítima defensa por razones de solidaridad no se le impone al agredido una victimización especial, para la cual podría ser indicada una indemnización. La indemnización podría hacer aceptable el principio de que no estaría permitido lesionar bienes irremplazables para salvar bienes reemplazables.⁹⁵ Desde luego, la aceptación de una víctima especial susceptible de indemnización exige siempre su delimitación de las realizaciones de los riesgos generales de la vida que ha de soportar el titular del bien jurídico; los últimos en principio existen cuando alguien “por casualidad” es víctima de un delito.⁹⁶ Sin embargo, en caso de la limitación de la autorización a la legítima defensa al agredido, a través de la imposición estatal del deber de solidaridad, es recortada intencionalmente la posibilidad de defenderse.⁹⁷ El derecho actual de las indemnizaciones de derecho público no ofrece ninguna posibilidad de indemnización. A favor de una regulación correspondiente *de lege ferenda* hablaría, sin embargo, que el deber de solidaridad del § 904 oración 2 Código Civil⁹⁸ de todos modos concede, si bien “sólo” contra

un particular,⁹⁹ una pretensión de reparación del daño, pero probablemente no en contra de la construcción de que el orden de prelación de bienes estaría limitado de manera “inmanente” a través de deberes de tolerancia estatuidos jurídicamente. La cuestión aquí sólo puede ser anunciada y con seguridad no puede ser solucionada sin plantear en un contexto más amplio el problema de la delimitación entre los riesgos de la vida que han de soportarse y las intervenciones de un deber de indemnizar.

⁹³ Un profesor universitario tiene aquí con su semestre inicial aún “no deformado jurídicamente” una fuente de información cierta. Cfr., sobre la entera cuestión, la reciente toma de posición, equilibrada en los resultados, de *Kargl*, ZStW 110 (1998), 38 (55 ss, 65), quien, en realidad, no tiene necesariamente motivos para ocuparse de la observación de *Schmidhäuser* citada arriba en el texto. Por lo demás, el “rigorismo” de *Schmidhäuser* está totalmente quebrado; cfr. (nota 90), p. 129 y 135 s sobre la autorización de la legítima defensa para la protección del patrimonio. En las cuestiones de la provocación él sostiene de todos modos un punibilidad extensiva según las reglas de la *actio illicita in causa*; Lehrbuch, 2ª ed. 1975, n. 9/110 ss; confirmado una vez más en (nota 90), p. 138.

⁹⁴ Ejemplo: Impedimento de un incendio en la propia vivienda no suficientemente asegurada (porción esencial del patrimonio del defensor), sabiendo el defensor con seguridad que ninguna persona se encuentra en ella.

⁹⁵ La pretensión de reparación del daño que naturalmente existe contra el agresor raramente se podrá realizar; en la situación de la agresión, la reparación del daño por el agresor es regularmente para la víctima completamente insegura.

⁹⁶ La Ley sobre la indemnización de la víctima de hechos de violencia es, de todos modos, una excepción a este principio.

⁹⁷ La limitación estatal diferencia este caso de la constelación en que el agredido, por diferentes razones, no dispone de ningún medio de defensa adecuado.

⁹⁸ Aplicable analógicamente en caso del § 34 Código Penal; cfr. *Säcker*, en: Rebmann et al. (eds.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4ª ed. 2004, t. 6, § 904, n. 24 con referencias.

⁹⁹ Al respecto, como es conocido, se discute si en caso de diferentes personas está obligado a indemnizar el agresor (así, por ejemplo, *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 67ª ed. 2008, § 904 n. 5) o el favorecido (así, por ejemplo, *Säcker* (nota 98), § 904 n. 16).