

Provocación y legítima defensa

~Prof. Dr. Enrique del Castillo Codes~

Prof. de Derecho Penal, UNED, Centro asociado de Úbeda, Jaén. Abogado. Socio de la FICP.

I.- Planteamiento

Los efectos excluyentes de la legítima defensa sobre la responsabilidad penal es algo que, sin discusión, se ha venido manteniendo desde siempre. Ya en el Digesto, se declaraba exento de pena a quien utilizara la violencia para repeler un ataque¹, estimándose que el origen de tal derecho de defensa radicaba en el Derecho Natural². Del análisis de las fuentes romanas se desprende, que los elementos sobre los que se asentaba dicha circunstancia eran la existencia de una amenaza inminente de lesión sobre la persona o bienes del ofendido, la necesidad de éste de proteger los bienes amenazados, la adecuación en la respuesta y la simultaneidad de la misma al ataque, y en parecidos términos con ciertas variantes se regulaba en el ordenamiento visigodo y en la Edad Media³. Con tales características se alude, pues, tanto a la exigencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, como a la necesidad de que la repulsión se efectúe de manera proporcionada a la entidad del ataque, presupuestos ambos que son exigidos en las distintas legislaciones penales para apreciar la citada circunstancia.

Sin embargo, tanto en nuestro país como en otros del entorno Iberoamericano⁴, el Código Penal precisa un elemento adicional para que la exención sea completa, y es que la agresión no haya sido provocada por quien se defiende, exigencia que, en cambio, no está presente en los códigos penales alemán e italiano, en los que la circunstancia que nos ocupa se apoya, exclusivamente, en los dos expresados requisitos de agresión ilegítima y proporcionalidad en la respuesta⁵.

¹ ULPIANO 43, 16, 1, 27; GAYO 9, 2, 4.

² GARCÍA MARÍN, La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio, Anuario de Historia del Derecho 1980, p. 416.

³ GARCÍA MARÍN, Anuario de Historia del Derecho, pp. 417-ss.

⁴ La falta de provocación suficiente, como presupuesto de la legítima defensa, está previsto en los Códigos Penales de Panamá, Argentina, Venezuela, Ecuador, Chile, Uruguay, Perú y Puerto Rico, en los mismos términos que lo hace nuestro Código. Por su parte, el Código Penal cubano exime de pena a quien impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual “y no provocada”, y el mejicano requiere, para la apreciación de la eximente, que “no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

⁵ No se alude, tampoco, a tal exigencia, en los códigos penales de Colombia, Costa Rica, Paraguay y Bolivia.

Como ya se ha indicado, la ausencia de este elemento impide que la circunstancia pueda desplegar efectos plenamente eximentes, lo que significa que la posterior agresión sigue siendo ilegítima y que quien la desencadenó sigue conservando el derecho a repelerla, si bien ese derecho se le reconoce en mucha menor medida que si no hubiese existido provocación, en tanto que la falta de uno de los presupuestos impedirá que la exención sea completa y, por tanto, se hará merecedor de una pena.

A la hora de abordar esta problemática, es necesario distinguir con nitidez los distintos modos en que se puede provocar la posterior reacción violenta, pues no pueden tener el mismo tratamiento los supuestos en los que la provocación se realice con la expresa finalidad de suscitar la respuesta violenta para, aprovechando tal situación, lesionar al atacante, que aquéllos en los que el provocador no actuó guiado con tal premeditación.

Llegados a este punto y en relación con el tema que nos ocupa, debe descartarse desde el principio una posición extrema desde la cual se considere suficiente cualquier tipo de actuación que propicie la reacción agresiva, para estimar ausente el requisito de la falta de provocación suficiente y, con ello, la imposibilidad de apreciar la exención plena. Ni siquiera cuando el acto provocador pudiera resultar de alguna manera socialmente censurable, es posible aceptar este planteamiento por los claros tintes versaristas que presenta.

Una prueba evidente de lo insostenible de tal situación, lo tenemos en las previsiones legales anteriores al proceso codificador en las que se eximía de pena al marido que, sorprendiendo a su esposa en adulterio, causaba la muerte del adúltero, respecto de las cuales era pacífico considerar que en tal caso la muerte no quedaba justificada sino meramente disculpada, y por tanto, el adúltero estaba legitimado para defenderse y dar muerte al marido⁶.

Pero también deberán quedar fuera de la discusión los supuestos en los que la provocación constituye, en sí misma, una conducta agresora, pues en tal caso no habría ya lugar ni siquiera a plantear la exención incompleta porque el provocador estaría cometiendo una agresión ilegítima que, en su caso, permitiría al provocado reaccionar para repelerla.

⁶ PEREDA, Problemas alrededor de la legítima defensa, ADPCP 1967, pp. 458-ss.

II.- Estado de la cuestión en Alemania.

Aunque, como ya se indicó, el Código Penal alemán no establece de forma expresa el presupuesto de la falta de provocación suficiente para apreciar la legítima defensa, la doctrina se ha preocupado de abordar el tratamiento que deba darse a los supuestos en los que quien aduce dicha circunstancia de justificación, ha propiciado la agresión que con posterioridad se ve en la necesidad de repeler.

Al respecto, las posiciones doctrinales han oscilado entre quienes niegan relevancia alguna al hecho de la provocación, de manera que la exención beneficiaría aun cuando la agresión haya sido prevista y fuese culpable de ella el agredido⁷ y la posición, más mayoritaria, de otorgarle efectos en función de la entidad del acto provocativo, manejándose en este particular diversos criterios. En este sentido y respecto a la provocación encaminada a desatar la agresión con el fin de lesionar al atacante, se considera inaplicable la exención en cuanto que la lesión que el agredido-provocador inflija a quien le ataque tendría su comienzo con la provocación misma⁸, de modo que no se estaría ante una defensa de lo justo contra lo injusto y el sujeto no estaría haciendo prevalecer con su actuación el ordenamiento jurídico⁹, sin perjuicio de que el provocador pudiera aducir estado de necesidad¹⁰.

Fuera de estos casos extremos en que la agresión se ha provocado con la finalidad de poder lesionar al atacante, se encuentran los más frecuentes en la práctica en los que el agredido ha realizado, sin tal intención, una conducta antijurídica detonante de la posterior respuesta violenta, siendo el ejemplo más común el proferir un insulto. En estas situaciones no pueden excluirse, sin más, la posibilidad de defensa y los efectos beneficiosos de la exención, si bien se considera que el interés en el mantenimiento del ordenamiento jurídico es mucho menor que si no hubiese mediado tal conducta provocadora, argumentándose que en tales casos la comunidad se siente menos

⁷ VON LISZT, Tratado de Derecho Penal, Tomo II (traducido por Luis Jiménez de Asúa), Madrid 1929, pp. 333-334.

⁸ MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo I (traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz), p. 382.

⁹ WELZEL, Derecho Penal Alemán (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile 1969, p. 105; ROXIN, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid 1997, pp. 639-640.

¹⁰ STRATENWERTH, Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible (traducido por Gladys Romero), Madrid 1976, p. 144.

amenazada en cuanto que ha existido una previa provocación que el agredido podía haber evitado a través de un comportamiento pacífico y adecuado.

Por consiguiente, cuando ha precedido una de tales conductas previas regirán para el defensor las mismas restricciones que para los casos en que el ataque proviene de una persona con la culpabilidad anulada o disminuida, es decir, tiene que esquivar la agresión si es posible hacerlo sin peligro cuando, en caso de repeler, se habrían de causar graves daños al agresor, buscar auxilio ajeno o, si ninguna de las anteriores alternativas es viable, pasar a la defensa, pero debiendo asumir el sujeto la posibilidad de sufrir lesiones leves¹¹.

Desde criterios diversos pero llegando en lo sustancial a las mismas conclusiones, se aduce que en los casos de provocación el sujeto pone en juego sus bienes, que de este modo sufren una cierta “devaluación” al ser introducidos por su titular en una situación de conflicto en la que tiene que soportar parte de los perjuicios, es decir, el coste de resolución del conflicto creado tiene que compartirlo quien, con su conducta provocadora, ha creado el peligro, con lo que estaríamos ante un claro supuesto de injerencia¹², sin que en ningún caso la provocación excluya la posibilidad de defensa pues, siendo antijurídica la actuación del agresor, también éste tiene que soportar parte del conflicto¹³.

Finalmente, no restringen en modo alguno la legítima defensa aquellas conductas desencadenantes de la agresión que, aun cuando merezcan un reproche desde un punto de vista ético-social, no son antijurídicas (burlas no injuriosas), pues lo que legalmente no está prohibido tiene que ser jurídicamente tolerado, y si el agresor entra en la provocación el agredido puede repelerla porque está haciendo prevalecer el Derecho, que es distinto a la Moral¹⁴. De esta forma, no son provocaciones aquellos comportamientos sociales raros (negativa a proporcionar una información que podría facilitarse en el momento) o inmorales (adulterio de una mujer cuyo marido ataca presa

¹¹ ROXIN, Derecho Penal, pp. 638, 641-642.

¹² JAKOBS, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid 1995, pp. 484-485; JÄGER, La concepción dualista de la legítima defensa y sus consecuencias para el derecho de defensa – A la vez una investigación sobre la relación entre la teoría de las posiciones de garante y las restricciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa- (traducido por Jesús Becerra Briceño), Revista LIBERTAS nº5/2016 (número monográfico extraordinario), p. 60.

¹³ JAKOBS, Derecho Penal, pp. 485-486.

¹⁴ ROXIN, Derecho Penal, Parte General, p. 644.

de la ira), siendo por completo independiente del aspecto subjetivo del actuante, por lo que una intención de provocar no objetivada, es irrelevante¹⁵.

III.- Estado de la cuestión en España.

En nuestro país, el hecho de que la falta de provocación se contemple expresamente como requisito para que la exención sea plena en el art.20 del Código Penal, ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia hayan fijado sus posiciones en torno al tenor literal del precepto, según el cual la provocación tiene que ser “suficiente”, lo que generalmente ha venido siendo interpretada como adecuada y proporcionada a la agresión posterior¹⁶, si bien los intentos de concretar cuándo la conducta reúne tales parámetros dista de ser pacífica y concluyente.

Así, la jurisprudencia ha utilizado por lo general un criterio bastante abierto entendiendo por provocación suficiente el condicionante del fundamento, motivo o pretexto del ataque¹⁷, eficiente, bastante, previa, adecuada y proporcionada¹⁸, tales como las palabras, acciones o ademanes tendentes a excitar, incitar o provocar a la otra persona¹⁹, considerando inexistente la misma cuando a la mayoría de las personas no habría determinado a una reacción defensiva²⁰, advirtiendo de que no es lo mismo “provocar” que “dar motivo u ocasión”²¹. En algún pronunciamiento aislado se considera provocación suficiente cuando la conducta es ético-socialmente reprochable²². En definitiva, conceptos sumamente imprecisos que han motivado pronunciamientos bastante dispares, pues conforme a ello se ha considerado provocación suficiente el proferir una broma de mal gusto a quien estaba en estado de embriaguez²³, acusar al hijo de la agresora de haber robado un perro²⁴, la actitud altanera portando un arma en una discusión²⁵, proferir insultos²⁶, humillar en público al hermano del agresor²⁷, las

¹⁵ JAKOBS, Derecho Penal, p. 488.

¹⁶ PUIG PEÑA, Derecho Penal, Parte General I, Madrid 1995, p. 376.

¹⁷ STS 14-3-1973.

¹⁸ SSTs 2-11-1971, 15-11-1982, 13-10-1983, 9-12-1983; 6-6-1989.

¹⁹ STS 27-5-2015.

²⁰ STS 15-6-1983.

²¹ SSTs 30-9-1983, 18-12-2001.

²² STS 6-6-1994.

²³ STS 17-3-1893. Distintamente, la STS 5-4-1916 declaró que no hay provocación suficiente por el hecho de dirigir unas palabras en son de broma que, “por su significado gramatical y su natural sentido no pueden considerarse ofensivas ni provocadoras”.

²⁴ STS 27-5-1901.

²⁵ STS 21-5-1920.

²⁶ SSTs 14-11-1935, 8-2-1954, 31-10-1973, 18-5-1974, 3-4-1982. Sin embargo, la STS 2-10-1979 no estima provocación suficiente en el hecho de llamar “ladrón” al agresor.

proposiciones sexuales realizadas a la esposa del agresor días antes²⁸, obstruir el paso con su vehículo²⁹, realizar una maniobra incorrecta con vehículo en la que a punto estuvo de atropellar al posterior agresor³⁰, seguir al agresor sabiendo de su celotipia y su tendencia a resolver sus problemas por medios violentos³¹. En cambio, no se apreció provocación suficiente por el hecho de pedir explicaciones³², el advertir al agresor que no se le acercara dadas sus malas relaciones previas³³, insultar y golpear levemente con una rama al bracero que tenía a su cargo por negarse a trabajar³⁴, una recriminación y conminación³⁵.

Por parte de la doctrina, la suficiencia de la provocación para excluir el tercero de los requisitos legalmente establecidos, ha sido determinada de diferentes formas. Para algunos autores, la provocación será suficiente únicamente cuando se trate de una conducta (activa u omisiva) antijurídica y ello porque, en tales supuestos, quien de tal modo actúa no se puede erigir en defensor del ordenamiento jurídico, si bien en caso de que la respuesta agresora exceda de la gravedad de la provocación, autorizaría al defensor a repeler la agresión con plenos efectos eximentes³⁶. Otros, en cambio, rechazan que la provocación tenga que ser antijurídica, bastando con el conocimiento (provocación consciente) o la previsibilidad (provocación inconsciente) de la agresión ilegítima con resultado: al igual que en los tipos dolosos e imprudentes la adecuación social excluye la atipicidad, la provocación socialmente adecuada no es suficiente, aunque los conocimientos especiales del autor puedan convertirla en tal, de modo que lo que haría injusta la provocación no es su origen (lícito o ilícito), sino su efecto (buscado o previsible)³⁷.

²⁷ STS 18-1-1980.

²⁸ STS 20-11-1961. Por el contrario, no considera provocación suficiente la relación adulterina mantenida con la esposa del atacante la STS 30-5-1968. En otro sentido, la STS 2-10-1974.

²⁹ STS 21-1-1969.

³⁰ STS 15-10-1969.

³¹ STS 22-2-1991.

³² STS 20-6-1933.

³³ STS 23-6-1934.

³⁴ STS 28-11-1958. En un supuesto parecido, STS 15-12-1958.

³⁵ STSS 12-4-1972, 2-10-1980.

³⁶ CERESO MIR, Curso de Derecho Penal Español II, Madrid 2003, pp. 241-242. La desproporción entre el insulto y la respuesta agresora, es considerada por la STS 18-9-1991 como fundamento para mantener la eximente completa.

³⁷ CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español, Parte General. Nociones introductorias, Teoría del delito, Madrid 2002, p. 829.

Otros planteamientos restringen sobremanera la aplicación del citado elemento, determinando así una generosa interpretación de la circunstancia eximente. El primero de ellos se debe a COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, quienes toman como base de su razonamiento la circunstancia atenuante contenida en el art. 9.5 del Código Penal de 1973 (derogada tras la Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983), de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido. Puesto que dicha circunstancia exigía que la provocación fuese “adecuada” para que afectase al ánimo del sujeto, el citado vocablo implicaría una menor intensidad que el de “suficiente” al que se refiere la legítima defensa, por lo que de acuerdo con ello sólo las provocaciones que disculpen la posterior agresión impedirán la aplicación de la eximente completa³⁸.

En consecuencia, todo dependerá de que la provocación haya generado un estado de inimputabilidad o inexigibilidad en el contrario, en virtud de la cual su reacción agresiva, aun cuando esté disculpada, seguirá siendo ilegítima, pudiendo ser repelida por el provocador si bien con efectos eximentes limitados. En cambio, cuando dicha provocación –sea de la entidad que sea- no haya generado tales efectos en el agresor, quien se defiende se podrá ver beneficiado de la eximente en toda su plenitud.

La otra posición extrema viene de la mano de LUZÓN PEÑA, que defiende que cuando la agresión haya sido propiciada por el defensor de forma imprudente, dolosa e, incluso, intencional, se mantiene con toda su plenitud el derecho a repelerla, por lo que la provocación suficiente a la que alude el apartado tercero del art. 20 faltará únicamente en los supuestos de provocación o reto al duelo o a la riña mutuamente aceptada, pues sólo en ellos el sujeto pone de manifiesto su renuncia a la protección del ordenamiento jurídico y su deseo de resolver el tema como una cuestión interna³⁹.

Para fundamentar su tesis, el citado autor considera que en la legítima defensa, al igual que sucede con el ejercicio del cargo o el consentimiento justificante del titular del bien, se excluyen tanto el desvalor de acción como el de resultado, en el sentido de que éste no está desaprobado jurídicamente sino que es valioso, es decir, no se considera un mal, a diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad o riesgo permitido en competiciones deportivas, en los que el resultado lesivo está desvalorado por más que la

³⁸ Derecho Penal, Parte General, Valencia 1987, p. 376.

³⁹ Actio ilícita in causa y provocación de las causas de justificación, ADPCP 1994, p. 63; Curso de Derecho Penal, Parte General, 1996, p. 614.

acción sea jurídicamente valiosa⁴⁰. Pues bien, si en la primera modalidad el resultado no constituye jurídicamente un mal, no se puede afirmar la antijuricidad de su causación por mucho que el autor haya provocado (incluso intencionalmente) la agresión de la que con posterioridad se defiende: “Dado que sólo puede haber desvalor de acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado y dado que por ello tanto el desvalor objetivo de la acción como el <<desvalor de la intención>> (que serían necesarios para la antijuricidad de la primera acción provocadora) sólo se pueden derivar de la adecuación e 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”⁴¹. Todo ello, sin perjuicio, de que quien provoca la agresión ilegítima tiene motivos para esperar la reacción, con lo cual está obligado a emplear medios menos lesivos para repelerla, y si no lo hace así faltaría el requisito de la necesidad racional del medio empleado⁴².

IV.- Toma de posición.

Una vez expuestas las distintas propuestas que se mantienen por parte de la jurisprudencia y la doctrina, se pasa a exponer la que se considera más correcta. Para ello, parece oportuno descartar los criterios defendidos por la jurisprudencia, basados en la adecuación de la conducta provocadora, pues se trata de un parámetro lo suficientemente abierto como para poder llegar a conclusiones seguras, tal y como se ha visto con anterioridad.

El pensamiento de la adecuación, basado en parámetros empíricos y probabilísticos y surgido en su día para acotar los resultados ad infinitum a que conducía la teoría de la equivalencia de las condiciones en el terreno de la causalidad, se muestra no obstante insuficiente a los efectos que ahora nos ocupan, toda vez que no queda claro si el juicio de adecuación debe efectuarse desde el punto de vista objetivo o subjetivo. Si se opta por el primero, como parece sugerir la jurisprudencia, para determinar la suficiencia de la provocación habrá que atender a lo que, según la experiencia general, quepa esperar de la conducta realizada, pero con ello quedan sin

⁴⁰ ADPCP 1994, pp. 71-72.

⁴¹ ADPCP 1994, pp. 72-73

⁴² ADPCP 1994, p. 73.

resolver los casos en los que el provocador posee conocimientos especiales acerca de la especial susceptibilidad del posterior agresor respecto de ciertos estímulos o su carácter marcadamente camorrista. De este modo, una broma fútil que para la mayoría resultaría del todo insuficiente y, por tanto, inadecuada para desencadenar la agresión, puede constituir un poderoso resorte para una concreta persona que, por sus particulares circunstancias, sea especialmente sensible o pendenciera, lo que autorizaría al provocador para repeler la agresión con plenos efectos eximentes aun habiendo previsto la reacción de su adversario en base a los conocimientos especiales.

Pero es que, además, el criterio de la adecuación se muestra incapaz de establecer las conductas que deben considerarse suficientemente provocativas. La experiencia nos dice que es normal reaccionar violentamente ante una infidelidad de pareja o una burla, y sin embargo, nadie (ni siquiera los partidarios de la adecuación, salvo algunas excepciones ya vistas) admite que tales estímulos puedan constituir una provocación suficiente a los efectos de excluir la exención plena. Por tanto y como se verá, la adecuación por sí sola no es suficiente a tales efectos, sino que deberá operar sobre conductas seleccionadas conforme a otros criterios, por lo que la adecuación como parámetro estrictamente causal no es inidóneo, sin perjuicio de que pueda serlo desde una perspectiva axiológica.

No me parece defendible, tampoco, la posición de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN de restringir la suficiencia de la provocación a los supuestos en los que la conducta del agresor resulte disculpada, pues entonces dicho elemento quedaría a expensas de las circunstancias individuales de cada uno, de manera que su existencia dependería de la mayor o menor susceptibilidad o capacidad de aguante del agresor, imposibilitando de este modo establecer generalizaciones con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica. En las relaciones interpersonales, los efectos extintivos de una causa de justificación no pueden quedar al albur de la mayor o menor sensibilidad de los intervinientes.

La postura, también restrictiva, de LUZÓN PEÑA, no me parece convincente. Para este autor, únicamente los supuestos de aceptación del duelo o la riña constituirían una provocación suficiente excluyente del tercero de los requisitos de la legítima defensa, por lo que ninguna otra conducta provocativa (ni siquiera la que se hace con el fin de que se produzca la respuesta agresiva) sería relevante a tal fin, pudiendo en todo caso

afectar a la racionalidad del medio empleado. Se trata de una posición extrema que, a mi entender, no encuentra justificación pues parece evidente que cuando el que posteriormente resulta agredido ha desencadenado el suceso con su conducta, no merece el mismo tratamiento que quien nada ha tenido que ver con la agresión de que es objeto. Aunque en ambos casos la agresión es ilegítima y, por tanto, permite su repulsión, si la misma ha sido propiciada por el agredido es justo que soporte parte del conflicto y, por tanto, se haga acreedor de un reproche penal. Por otra parte, si para este autor quien acepta la riña o el duelo pone a las claras que privatiza el asunto y no desea la protección del ordenamiento jurídico, no se entiende por qué en tal caso únicamente quedará excluido el tercero de los requisitos y no la circunstancia eximente en su totalidad.

Por lo expuesto, lo procedente es considerar que en los casos en que la provocación se hace con la finalidad de suscitar la agresión para, a través de ella, poder lesionar al agresor, así como en los que hay aceptación de la riña, no es posible apreciar la circunstancia, ni siquiera como incompleta. La concepción dualista de la legítima defensa, ampliamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia, determina que junto a la protección individual del agredido, a través de ella se reafirme el ordenamiento jurídico que en ese momento es defendido por quien repele la injusta agresión, por lo que tanto en un caso como en otro el sujeto pone de manifiesto que no está defendiendo el ordenamiento jurídico y que convierte el hecho en algo privado, con lo cual implícitamente está renunciado a su propia protección y seguridad⁴³.

Ni siquiera cuando se produce un exceso en la respuesta por parte del agresor provocado (o contendiente en los supuestos de riña aceptada) es posible admitir la exención, aunque sea incompleta, ya que con su proceder se ha colocado en una situación de autopuesta en peligro, a tenor de la cual no puede pretender la protección (ni siquiera limitada) del ordenamiento jurídico, sin perjuicio que pudieran venir en aplicación el estado de necesidad o el miedo insuperable.

⁴³ De otra opinión, VALLE MUÑIZ, Causas de justificación incompletas en el Código Penal español, ADPCP 1992, pp. 585-586, considerando que la conducta provocadora susceptible de integrar el tercero de los supuestos del art. 20, debe ser ilícita y no meramente reprobable desde el punto de vista social, moral o ético, afirma sin embargo que también se incluirían en tales supuestos las conductas realizadas intencionalmente para generar la situación de legítima defensa, con la consecuencia de que el provocador se beneficiaría de la eximente incompleta, y ello porque, a su entender, en estos casos se mantienen los presupuestos esenciales de la legítima defensa (necesidad de protección individual y del ordenamiento jurídico).

Fuera de los dos citados casos, cuando la agresión viene motivada por una conducta previa del que la repele, la eximente sí que desplegará sus efectos por cuanto en tales casos el sujeto no ha dado muestras de querer privatizar el asunto, de modo que siendo ilegítima la agresión y precisando el agredido su protección individual, se mantienen los presupuestos básicos de la legítima defensa, si bien cuando la conducta previa se considere provocación suficiente la exención será limitada. En este sentido y como ya manifestara ARMIN KAUFMANN, si el injusto es cuantificable también deberá serlo su exclusión, por lo que una legítima defensa contra una agresión que ha sido suscitada por la conducta del defensor disminuye el valor de la defensa⁴⁴.

Y para determinar cuándo debe calificarse de suficiente dicha provocación, el criterio debe ser el de la tipicidad de la conducta matizada desde el prisma de la adecuación social, de manera que sólo aquellos comportamientos que, siendo relevantes desde el punto de vista penal, han propiciado una reacción agresiva, impiden al que la repele beneficiarse de la completa exención de la legítima defensa.

De este modo, si los comportamientos atípicos o típicos, pero socialmente adecuados, tienen que ser admitidos, quien los realice está autorizado con toda su intensidad para repeler las agresiones de que ellos se deriven, de manera que las meras inmoralidades, faltas de civismo o educación, groserías así como los pequeños empujones en las aglomeraciones no constituyen supuestos de provocación suficiente. Incluso los insultos proferidos en el transcurso de una discusión de tráfico, pueden estimarse socialmente adecuados sin que, por tanto, los mismos puedan calificarse como provocación suficiente que impida a quien los profirió defenderse con plenos efectos eximentes de quien, a raíz de ellos, le agrede⁴⁵.

La adecuación, que fue rechazada anteriormente como criterio único para determinar la suficiencia de la provocación, debe surtir sus efectos en el plano de la tipicidad, es decir, una vez seleccionadas por los tipos penales las conductas que pueden constituir una de tales provocaciones, le corresponde a la adecuación social la función

⁴⁴ CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español, p. 827.

⁴⁵ STS 25-9-1991: “Si eliminamos radicalmente la posibilidad de estimar la eximente completa en todos los casos de intercambio de insultos entre los contendientes, caeríamos en una especie de <<versarismo>> que haría derivar del insulto inicial la exclusión de cualquier causa legítima de repeler el ataque que va más allá de los simples excesos verbales. Si trasladamos esta tesis al caso que nos ocupa se eliminaría la defensa legítima en cualquier incidente de tráfico en el que los conductores implicados y los acompañantes intercambien insultos o descalificaciones, lo que carece de toda justificación ya que convertiríamos en lógica y justa cualquier reacción desmesurada por parte de los contendientes”. En parecidos términos, la STS 6-10-1993.

de delimitar aquéllas que, aun estando descritas legalmente como típicas, se mantienen dentro de lo socialmente admitido. Pero, asimismo, afirmada la relevancia de la conducta provocadora por ser típica y no admitida socialmente, la adecuación determinará asimismo la suficiencia de la misma para generar la respuesta agresiva, para lo cual se tomará en consideración si la conducta, así configurada, genera un riesgo no permitido de provocar una reacción violenta ajena. Será, pues, la vertiente axiológica (y no causal) de la adecuación desde la que deberá enjuiciarse la proporcionalidad entre la respuesta agresora y la conducta (típica) provocadora⁴⁶, de manera que cuando no exista simetría alguna entre ambas el provocador podrá defenderse con plenos efectos eximentes.

Al respecto, los comportamientos imprudentes no pueden constituir una provocación suficiente, pues si el fundamento de tal requisito reside en que el provocador tiene que soportar parte del conflicto debido a su previa conducta antijurídica, parece evidente que esto debe ocurrir sólo cuando aquél es consciente de que su conducta es ilícita y susceptible de propiciar una reacción agresiva. En el caso de la imprudencia, la reacción agresiva vendría motivada por el resultado lesivo producido a consecuencia de aquélla, de modo que en los supuestos de imprudencia se produce una desconexión subjetiva entre conducta y resultado en virtud de la cual no es posible otorgar efectos provocativos en tales casos, pues es precisamente el resultado lesivo el que genera la reacción violenta⁴⁷. Al sujeto imprudente sólo se le exige que conozca las circunstancias concurrentes en su conducta de las que se deriva un riesgo intolerable de lesión, pero no, además, las posibles reacciones violentas que dicho resultado pueda generar.

⁴⁶VALLE MUÑIZ, ADPCP 1992, p. 586.

⁴⁷ Vid. STS 5-6-2002.