

Cuasi prescripción: la pseudo atenuante analógica. Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre, por Dulce M. SANTANA VEGA.

¿Apropiación indebida de la herencia yacente? Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre, por Nuria PASTOR MUÑOZ.

Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa «*illicita in causa*»). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero, por Francisco FERNÁNDEZ PERALES.

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Cuasi prescripción: la pseudo atenuante analógica

Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre

Dulce M. Santana Vega
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
dulce.santana@ulpgc.es

1. Consideraciones previas

La figura de la cuasi prescripción es aquella creación jurisprudencial por virtud de la cual, en función de la suma de períodos de tiempo que no son, por lo general, susceptibles de subsumirse en la atenuante de dilaciones indebidas, ni tampoco darían lugar a que concurra la prescripción del delito, son tomados en consideración para atenuar la responsabilidad penal de un condenado, mediante una *sui generis* atenuante analógica a la prescripción.

Las etapas jurisprudenciales por las que ha pasado el proceso de configuración jurisprudencial de la cuasi prescripción podrían sintetizarse en tres: en una primera etapa que podríamos denominar de la negación, la jurisprudencia mayoritaria considera que no cabe construir la prescripción a base de la suma de periodos de tiempo por mor de la interrupción de la prescripción¹, pues no se puede sumar lo que desaparece. En una segunda etapa, que arrancaría desde los años noventa del siglo pasado, se vislumbra la posibilidad de dar relevancia a la suma de todos plazos –“muertos”– en los que un proceso ha estado paralizado –dilaciones indebidas–, lo que estuvo precedido de dos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo², o al tiempo durante el cual no se ha ejercido la acción penal, siempre que el número de años transcurridos esté próximo a la prescripción³. Por último, en una tercera etapa se asiste a resoluciones de signo diverso en la apreciación o no de la cuasi prescripción⁴, si bien la STS

¹ SSTS, 30 de noviembre de 1974, 23 de julio de 1987, 29 de noviembre de 1990, 21 de junio de 1991, 15 de enero y 28 de febrero de 1992, o la de 18 de marzo de 1993.

² Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997, en los cuales, precisamente, se excluye la posibilidad de apreciar como atenuante analógica a las dilaciones indebidas por carecer de fundamentación legal.

³ Cfr. SSTS s/n, Penal, de 23 de junio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:16246) y 1033/1992, Penal, de 10 de mayo.

⁴ Se aprecia la cuasi prescripción en la STS 1387/2004, Penal, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8475), FJ Undécimo (cómplice en un triple asesinato terrorista) como atenuante muy cualificada, aludiendo al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, debido al significativo retraso en dirigir la acusación por parte de Ministerio Fiscal, lo que actualmente ya estaría recogido en la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª). No se aplica, pese a su alegación, en delitos contra la Hacienda Pública: STS 195/2017, Penal, de 21 marzo (ECLI:ES:TS:2017:1196), FJ Séptimo, la cual se basa, además, en que no se aprecia que la demora en la formulación de la querrela haya introducido un perjuicio sustantivo en la estrategia probatoria de la defensa; *vid.* también: SSTS 163/2017, Penal, de 14 marzo, (ECLI:ES:TS:2017:970) FJ Cuarto; o 586/2014, Penal, de 23 de julio, (ECLI:ES:TS:2014:3085), FJ Décimo.

849/2023, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060) que se procederá a comentar, intenta llegar a una solución moderada o ecléctica entre ambas posturas.

Los hechos probados a los que vienen referidos la STS 849/2023 son una pieza separada de la macrocausa de la Gürtel. En concreto, esta STS es producto del recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la SAN, Sección 2ª, 8/2022, de 5 de abril (ECLI:ES:AN:2022:1604), aclarada por Auto de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:4368AA), en la que se sustancia la pieza separada del «Grupo Correa en Boadilla del Monte».

Entre los motivos de interposición del recurso de casación, se incluye, en el Antecedente de Hecho Cuarto, por parte de uno de los condenados por los delitos de prevaricación, fraude a las administraciones públicas y blanqueo de capitales:

«... inaplicación indebida del artículo 21.6ª del Código Penal vigente en el momento de los hechos. Alega que el delito de blanqueo que se atribuye al Sr. Artemio estuvo cerca de prescribir. Subsidiariamente con respecto al primer motivo, si no se considerara que han prescrito los delitos de participación en fraude a la Administración y en un delito de prevaricación, sería preceptiva también la aplicación de la atenuante analógica de cuasiprescripción a los mismos. Este motivo se formula como subsidiario a todos los demás en los que se interesa la absolución del recurrente».

Este motivo de impugnación casacional es subsiguiente al que se contiene el motivo de casación décimo de la STS 849/2023, referido a la «...indebida inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, en relación con el artículo 66.1.1º y 2º del CP, o del artículo 21.6º actual, por no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada o, subsidiariamente, al menos con el carácter de atenuante ordinaria, en los delitos por los que ha sido condenado». Y al igual que en el motivo anterior se plantea la figura de la cuasi prescripción como subsidiaria a la libre absolución del recurrente por prescripción.

La STS 849/2023, en su Fundamento de Derecho Decimosegundo, tras sistematizar los argumentos dado por la doctrina científica que critica la aplicación de la figura de la cuasi prescripción⁵, rechazada en el presente caso, no lo hace de forma absoluta, sino que deja abierta la posibilidad de su aplicación.

En los siguientes apartados se abordarán los argumentos dados por la STS 849/2023 que intentan dar cobertura a la reiterada figura de la cuasi prescripción, si bien con un ámbito limitado de actuación.

2. ¿Puede el olvido social seguir siendo considerado el fundamento de la prescripción del delito y el cuasi olvido el de la cuasi prescripción?

La Sentencia 849/2023, al igual que sucede que con otras que le han precedido y se han ocupado de la figura de la cuasi prescripción, acude a la teoría del olvido social como única e

⁵ Cfr. en este sentido, con distinta intensidad crítica: PUENTE RODRÍGUEZ, «La atenuante analógica de cuasi prescripción», *Diario La Ley*, (2091), 2016, pp. 1 ss.; la rechaza, SANTANA VEGA, «La atenuante analógica de cuasi prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción», *Estudios Penales y Criminológicos*, (29), pp. 107 ss. Por el contrario, se muestra favorable a su consideración RAGUÉS i VALLÉS, «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *InDret*, (3), 2017, pp. 1 ss.

incuestionable teoría fundamentadora de la prescripción. Sin embargo, la realidad social con los denominados delitos de nueva generación (medioambientales, de corrupción, etc., o la nueva formulación de los clásicos) o, simplemente, el papel de las redes sociales y, en general, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dista mucho de aquella otra realidad social que vio nacer a la teoría del olvido social en los años cincuenta del siglo pasado⁶, por lo que esta se convierte en una fundamentación insatisfactoria para seguir dando sustento no solo al instituto de la prescripción, por más que se matice que el olvido social no significa el de sus víctimas⁷. Es más, esta teoría parece querer distinguir entre: «una sociedad en abstracto», que es la que olvida o cuasi olvida, y una «sociedad en concreto», integrada por los sujetos pasivos y/o perjudicados por el delito y víctimas en general (sus familia y entorno), los cuales no formarían parte de la sociedad que se dice que ha olvidado o cuasi olvidado el delito.

Tampoco hay que desconocer que la figura de la cuasi prescripción surgió en torno a los delitos de agresiones y abusos sexuales, sobre todo contra menores y personas con discapacidad, con relación a los cuales se llega a afirmar que el que la infracción delictiva se haya producido en la intimidad de la familia ejerce un efecto «acelerador» del citado olvido social, haciendo que este sea más intenso⁸.

Por otra parte, esta teoría quiebra y tampoco tiene validez universal, sobre todo, en los países de cultura anglosajona (Reino Unido, EEUU), con democracias consolidadas, en los que no existe prescripción en caso de delitos graves, si bien si está prevista, por el contrario, en los delitos de escasa gravedad, los cuales sí prescriben en períodos de tiempo breves, en los que con toda seguridad no se habrá olvidado o cuasi olvidado el delito.

3. ¿Puede la cuasi prescripción ser considerada una atenuante analógica?: el callejón sin salida

Este es el principal escollo técnico-jurídico que presenta esta figura que no logran solventar ni quienes las alegan con claros y meros fines de defensa, ni los tribunales que las aprecian. De hecho, como se pone de manifiesto en el Antecedente de Hecho arriba transcrito de la STS comentada, el condenado que la aduce, como motivo subsidiario de la libre absolución por prescripción, y, sin explicitarlo, de las dilaciones indebidas, no se detiene a indicar con qué guarda analogía. De la misma manera, la mayoría de las SSTS que la ha han considerado de posible aplicación, tampoco se detienen en llevar a cabo una formulación completa de la misma, esto es, se limitan a pronunciarse si procede o no la atenuante analógica del art. 21. 6ª del Código penal (la actual circunstancia 7ª), pero sin indicar su conexión analógica.

Con ello, las SSTS que así proceden contradicen su propia y reiterada doctrina en materia de atenuantes analógicas, la cual ha venido exigiendo para poder apreciarlas la «análoga significación que las anteriores», lo que ha sido recientemente sistematizado por la STS

⁶ A quien se le suele atribuir su formulación, BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. II, 1958, p. 329 ss. Sobre las teorías que fundamentan la prescripción de los delitos, ampliamente, entre todos: GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho Penal*, 2000, p. 95 ss.; GÓMEZ MARTIN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2015, p. 13 ss.

⁷ Como así se afirmó en la STS 77/2006, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:504), FJ Octavo, tras rechazar su aplicación por no haber sido alegada en la instancia, en un supuesto de abusos sexuales a menores.

⁸ STS 77/2006, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:504), FJ Octavo.

749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258) «Caso ERES de Andalucía»⁹. En este caso, se solicita una atenuante analógica sin conexión con alguna y el TS, ampliando los términos literales del art. 21.7^a, enumera los supuestos que constituiría los ámbitos de la «análoga significación» favorable al reo.

En concreto, la STS 749/2022, remitiéndose a la STS 120/2021, Penal, de 11 febrero (ECLI:ES:TS:2021:353), FD Duodécimo, desestima como atenuante analógica la esgrimida por una de las defensas consistente en «haber sufrido el condenado un juicio paralelo». Considera en esta Sentencia el TS que para que pueda apreciarse una atenuante por analogía la conexión analógica ha de darse con: cualquiera de las cinco atenuantes genéricas anteriores¹⁰; con las eximentes incompletas¹¹, con las atenuantes específicas, esto es, las contenidas como elementos típicos que dan lugar a tipos atenuados¹²; la analogía que se pueda establecer con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico-penal protegido¹³; aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de prohibición o interdicción de dilaciones indebidas, pudiendo considerarse este último como ya incluido en el primer grupo de conexiones analógicas desde que se introdujo la atenuante de dilaciones indebidas.

Además, se recuerda que, según una jurisprudencia inconcusa, la atenuante de «análoga significación» no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, estableciéndose así un paralelismo con las eximentes incompletas. Esto se fundamenta en que de no ser así las atenuantes de análoga significación equivaldrían «a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma», –por ejemplo las reguladoras de la prescripción–, sin que ello signifique exigir «una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación».

En suma, como concluye la STS 120/2021 y siguiendo a una reitera jurisprudencia¹⁴, «es indispensable la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, debiendo rechazarse las meras similitudes formales y cuidando

⁹ Con cita de numerosa jurisprudencia anterior sobre la necesidad de especificar la vinculación de la atenuante analógica con otra de las anteriores: SSTS 131/2010, Penal, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2010:924); 104/2011, Penal, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1316); 922/2012, Penal, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:7840).

¹⁰ STS 948/2022, Penal, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4500): «confesión tardía», analógica 7^a en relación con la 4^a art. 21

¹¹ Se plantea en la STS 81/2021, Penal, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:241).

¹² STS 930/2022, Penal, de 30 noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

¹³ Por eso no se aprecia la atenuante analógica en la STS 667/2019, Penal, de 14 enero (ECLI:ES:TS:2020:64) de consentimiento en el quebrantamiento de condena.

¹⁴ SSTS 145/2007, Penal, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1462); 1057/2006, Penal, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6901); 19/2016, Penal, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2016:100), o más recientemente las SSTS 749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258); o la 81/2021, Penal, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:241).

también de no abrir un “indeseable portillo” que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente»¹⁵. De esta manera, lo relevante en las atenuantes analógicas es que el fundamento tiene que ver con el «análogo significado de las anteriores y no con la estructura de sus elementos»¹⁶.

Pues bien, dentro de estos generosos márgenes dados a las atenuantes analógicas por la jurisprudencia, no se podría incardinar la cuasi prescripción, dado que, en ningún caso, se podría establecer la conexión analógica con una causa de extinción de la responsabilidad penal.

La STS 849/2023, objeto de este comentario, a diferencia de sus predecesoras, sí se detiene en argumentar la conexión analógica de la cuasi prescripción. Sostiene que la analogía se establecería con el ejercicio de un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del sujeto activo del delito. Es decir, el restringido ámbito al que ha de reducirse la mesurada aplicación de la figura de la cuasi prescripción habrá de ser el de «aquellos casos en los que la parte perjudicada recurre a una dosificada estrategia que convierte el ejercicio de la acción penal –con los efectos de toda índole que de ello se derivan– en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido».

Pero, esto es mirar para otro lado. Y sigue en pie la imposible conexión analógica con ninguna de las previstas en los apartados anteriores porque la analogía habría que establecerla con una causa de extinción de la responsabilidad penal –la prescripción del delito–, que nada tiene que ver con la fundamentación general de las atenuantes. En efecto, no concurre en la cuasi prescripción, como fundamentación común a cualquier atenuante, un equivalente significado de tal manera que los hechos o circunstancias aducidos se refieran a una menor intensidad del injusto, a un menor grado de imputación del agente o a la conveniencia político-criminal de una disminución de la pena, incardinada en cualquiera de los ámbitos de conexión analógica más arriba indicados.

En definitiva, en la cuasi prescripción se trataría de dar relevancia atenuatoria a la no conclusión de un plazo para ejercer una acción penal, el cual si transcurre en su totalidad extinguiría la responsabilidad penal.

4. ¿Puede un ejercicio tardío, pero antes de que transcurra el plazo legalmente establecido para la prescripción del delito, afectar al derecho a la tutela judicial efectiva?

La STS 849/2023 afirma que el Tribunal Supremo ha aplicado la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción «...con carácter particularmente mesurado y restrictivo...», si bien la cuestión aquí debatida no es cuantitativa, sino cualitativa, esto es, si la prescripción puede generar una atenuante analógica, lo que habría de conducir a una respuesta claramente negativa.

¹⁵ Cfr. SSTS 948/2022, Penal, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4500): «confesión tardía», analógica 7ª en relación con la 4ª art. 21 CP.; 351/2021, Penal, de 28 abril (ECLI:ES:TS:2021:1732) conexión con eximente incompleta del 21.1.

¹⁶ ATS 9/2022, Penal, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:17206A); SSTS 749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258); 288/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1439).

Sostiene la Sentencia comentada que en aquellos casos en los que «...el tiempo de interposición de una denuncia se ralentiza por el perjudicado, como estrategia de presión en la búsqueda de una solución negociada que evite la interposición de una querrela... –de tal manera que–... La eficacia de una maniobra de esas características puede incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión solo al alcance del perjudicado... Se dibuja así una suerte de "cuasi prescripción"».

La primera objeción que cabría realizar a este planteamiento es que, descartada la argumentación de que la cuasi prescripción pudiera ser análoga a las dilaciones indebidas, que tienen un fundamento diverso, ya que dependen de la inactividad de los órganos judiciales, por lo que con ellas no podría establecerse la conexión analógica con la cuasi prescripción, la Sentencia comentada, si bien no lo formula expresamente, considera que dicha conexión habría que establecerla con la eximente incompleta del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, no habría que desconocer que, así como la que fuera atenuante analógica de dilaciones indebidas tenía adecuada conexión analógica en el derecho a un proceso público con todas las garantías, la conexión quiebra en la cuasi prescripción, incluso en el reducido ámbito en el que se pretende admitir, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva lo tiene que proporcionar el estado, más concretamente su Administración de Justicia, no los particulares sujetos pasivos víctimas y perjudicados por un delito. En efecto, si el sujeto pasivo de un delito ejerce la acción penal dentro del plazo de prescripción está haciendo uso de su derecho a la tutela judicial efectiva que no puede ser tomado como fundamento atenuatorio por la vía de la cuasi prescripción de la responsabilidad penal del posteriormente condenado en un proceso público con todas las garantías. Pero, es más, ni para el sujeto pasivo, ni para el sujeto activo la prescripción es una garantía o derecho fundamental.

Por otra parte, de sostenerse que los plazos de prescripción se integran dentro de las garantías del proceso, suscitaría un conflicto de derechos fundamentales a un proceso público con todas las garantías de los presuntos sujetos activos del delito con el de los sujetos pasivos de aquellos, lo sean de delitos públicos o semipúblicos, los cuales, además, son recogidos en el Código Penal no solo para la protección de aquellos, sino también de la sociedad en general, razón por la que su persecución se lleva a cabo de oficio. O, si se quiere, daría también lugar a un conflicto entre derechos a la tutela judicial efectiva entre los sujetos activos y pasivos del delito.

En este sentido, la citada conexión analógica colisionaría con una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que considera que el plazo para ejercer la acción penal (prescripción del delito) es una cuestión de «legalidad ordinaria»¹⁷, esto es, no es un derecho fundamental. Es más, si esto fuera así habría que calificar a democracias tan consolidadas como la británica o a la de los estados de los Estados Unidos, que siguen la tradición británica, como conculcadores de derechos fundamentales de sus ciudadanos, ya que en estos estados la persecución de la mayoría de los delitos –graves o menos graves– no están sujetos a plazo de prescripción.

¹⁷ SSTC 34/2024, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2024:34); 64/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TC:2023:64); 33/2022, de 7 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:33). En esta última se afirma que: «... las peculiaridades del régimen jurídico de la prescripción... no pueden considerarse, en sí mismas, lesivas de ningún derecho fundamental de los acusados... La apreciación de la prescripción en cada caso concreto, como causa extintiva del cumplimiento de la pena conforme a la previsión legal, es en principio una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional».

En efecto, no en todos los sistemas jurídico-penales, ni en todos los tiempos se ha recogido como causa de extinción de la responsabilidad penal al instituto de la prescripción. Así, la persecución de la mayoría de los delitos (*indictable offences*, incluidas las *either-way offences*) no está sometida a prescripción alguna. Esta tradición tiene su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis* (o formulada en inglés: *no time runs against the King*), lo que suponía que la acción penal podía ejercerse en cualquier tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía (la denominada *timing, time limits, time bars o statute of limitation*, dependiendo del estado en que se use). En la actualidad, en el Reino Unido la prescripción sólo opera en un reducido número de infracciones delictivas, las *summary offences*, las cuales una vez cometidas se les señala un plazo de prescripción muy breve (seis meses desde que se ha cometido el delito), salvo que la ley que los tipifique disponga otra cosa. En el resto de los delitos de cierta entidad la prescripción no opera¹⁸. En el ámbito europeo, el Derecho penal suizo ha introducido la imprescriptibilidad de los delitos después del fallo en primera instancia, con la finalidad de impedir la infracción de las normas jurídicas y el abuso de los recursos procesales legalmente previstos, pero también la pérdida de tiempo y dinero¹⁹. De hecho, esta norma pone de manifiesto que quién más suele abusar de los plazos del procedimiento buscando la prescripción no son los sujetos pasivos, víctimas de los delitos, sino los sujetos activos de estos (absoluciones por prescripción).

También llama la atención que la Sentencia comentada, y la jurisprudencia que la precede, aluda a «perjudicado» por el delito y no a la de sujeto pasivo o víctima del delito que también es perjudicado, no pudiéndose considerar espurio posponer el ejercicio de la acción penal por la existencia de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido, ya que la reparación es un derecho de toda víctima del delito, y el plazo de prescripción se ha fijado en atención a la gravedad del mismo. En realidad, lo único y verdaderamente espurio y reprochable es la comisión del delito, no su reparación o el momento en que se ejerce la acción penal por el sujeto pasivo del delito, víctima y/o perjudicado por aquel y a la que la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto pasivo puede ayudar a conseguir.

En segundo lugar, la citada fundamentación no distingue la condición de sujeto pasivo de delitos públicos o semipúblicos de los escasos delitos privados existentes en el Código Penal, y que solo pueden perseguirse mediante querrela del ofendido, y en donde la posición de la víctima de estos pudiera ser más próxima a la de un mero perjudicado civil, ámbito en el que no se conoce la cuasi prescripción.

En tercer lugar, no cabría olvidar que, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, en el Derecho penal la sustanciación de los procedimientos no constituye una cuestión de parte, excepción hecha de los denominados delitos privados, sino que en la inmensa mayoría de ellos son perseguibles de oficio, al existir un interés público su persecución. Por ello, los delitos de

¹⁸ Vid. *Magistrates' Court Act* de 1980; HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, 8ª ed., 2014, p. 248 ss.; en el ámbito norteamericano, LISTOKIN, «Efficient time bars: a new rationale for the existence of statutes of limitations in criminal law», *Journal of Legal Studies*, (31), 2002, p. 100, pone de manifiesto que diversos estados de USA, siguiendo el modelo británico no recogen la prescripción de los delitos, salvo para las infracciones penales de escasa entidad.

¹⁹ En concreto, dispone el art. 97.3 SchStGB: «Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen, so tritt die Verjährung nicht mehr ein» («Si se dictara sentencia en primera instancia antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción, ya no cabrá aplicar la prescripción»). En definitiva, como afirma GRISCH, *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, 2006, p. 126, esta regla supone un «avance incuestionable», considerando además que satisfaría las exigencias del Estado de Derecho, y, sobre todo, los fines de prevención general –positiva–.

calumnias, de acusaciones o denuncias falsas, o la simulación de delitos (arts. 456 y 457 CP), están referidos exclusivamente al proceso penal, o cuando no, delitos como los de obstrucción a la Justicia (v. gr. art. 464 CP) captan cualquier conducta grave realizada contra los intervinientes en un proceso, entre las que no se podría incluir la advertencia con interponer una denuncia, en el ejercicio de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, efectuada por el sujeto pasivo de un delito contra el sujeto activo del mismo, lo que, además, no constituiría tampoco un delito de amenazas, sea cual fuere el orden jurisdiccional.

En cuarto lugar, no hay que desconocer que, tras el establecimiento de plazos limitados para llevar a cabo la instrucción, pese a que se puedan conceder prórrogas por la complejidad de los asuntos, un criterio de prudencia, para el buen fin de la acusación, puede aconsejar una estrategia de preparación y recogida de pruebas, previas a la interposición de una denuncia o de una querrela, sin que por esto tampoco tenga que, posteriormente, tener efectos favorables para el condenado. Es más, figuras como la cuasi prescripción puede motivar presentaciones apresuradas de denuncias o de querrelas para evitarla o el alargamiento de la instrucción policial, la cual no prescribe y es menos garantista, generando lo que se dice fundamenta la cuasi prescripción: que no haya una tutela judicial efectiva para las víctimas de los delitos.

Por último, lo que tampoco sería una cuestión baladí, habría que plantear la cuestión relativa a la prueba de los motivos del retraso (?), dentro del plazo de prescripción previsto para interponer la denuncia, para que aquellos pudieran ser considerados como hechos ciertos. Sobre todo, si se quiere observar y no conculcar la doctrina jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han de resultar probadas con la misma entidad que los hechos enjuiciados²⁰. Con ello se daría lugar a que las víctimas del delito tuvieran que llevar a cabo una prueba absurda: la de su derecho a activar la tutela judicial efectiva en el ámbito temporal que mejor convenga a sus intereses, y que, en todo caso, se ve obligada por la acción típica, jurídica, imputable y punible del sujeto activo.

En cuanto al argumento relativo a que el art. 259 de la LECrim²¹, es un antídoto frente a las estrategias dilatorias de los sujetos pasivos del delito, víctimas y o perjudicados, tampoco se comparte pues no parece estar directamente dirigido a ellos y sí referirse, de una manera general, a un deber de puesta en conocimiento de la noticia *criminis* ante la Administración de Justicia, se sea o no sujeto pasivo de aquellos.

Tampoco se comparte el argumento esgrimido de que la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción obedece a «la necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima...», pues la (in-)actividad de aquellos comienza con la denuncia, y parece una *contraditio in terminis* sostener que la presentación tardía beneficia al sujeto pasivo, víctima y/o perjudicado, porque puede así negociar mejor una reparación, para, al mismo tiempo, afirmar que los perjudica.

²⁰ Cfr. SSTS 1596/2001, Penal, de 19 septiembre (ECLI:ES:TS:2001:6948); 152/2019, de 21 marzo (ECLI:ES:TS:2019:948).

²¹ Este precepto dispone que: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

5. Consideraciones críticas conclusivas

La figura de la cuasi prescripción, como ha sucedido con el delito continuado o el delito masa, ha sido una creación jurisprudencial, si bien aquellas, a diferencia de estas otras, no ha sido incorporada al Código penal, probablemente, porque la prescripción misma o la atenuante de dilaciones indebidas ya satisfacen los fines para los que la cuasi prescripción se ha querido construir, a la manera de un cierre de un círculo atenuatorio por el transcurso del tiempo.

No obstante, la Sentencia comentada intenta hallar un moderado –aunque también cuestionable– ámbito más restringido de actuación, y que podríamos denominar cuasi prescripción pre procesal con causa, pero que no solo carece de cobertura legal, sino que contradice la propia doctrina sentada por el TS en materia de atenuantes analógicas, pudiendo tener efectos colaterales no deseables.

Resulta criticable que en sendos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo se rechace la posibilidad de apreciar a la cuasi prescripción como atenuante analógica a las dilaciones indebidas, precisamente, por carecer de base legal²² para que, años más tarde, sea el propio Tribunal Supremo el que le dé carta de naturaleza como una –pseudo– atenuante analógica.

De todas formas, esta cuestión no es nueva y tiene otros ejemplos históricos significativos como lo fue la aplicación de la circunstancia analógica de «no ser funcionario público» para atenuar la responsabilidad penal de los *extraneus* en los delitos especiales. Anómala construcción que se mantuvo, junto con otras, hasta que fue introducido el art. 65.3 del Código Penal²³, y sin que esta fórmula, como ahora sucede con la cuasi prescripción, se considerara técnicamente deseable entonces.

No se puede colocar en el mismo plano las estrategias de defensa particulares y dilatorias del imputado o la dilación indebidas imputables a la Administración de Justicia que las estrategias y para obtener una reparación por parte de la acusación, sobre todo, cuando se trata de delitos públicos o semipúblico, sean ejercidas por la Fiscalía, que persigue la protección de intereses públicos y la legalidad, y/o por las otras acusaciones, ya que el proceso penal se articula para la protección de bienes jurídicos penales de aquellos. Estos, además, también tienen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como sujetos pasivos, víctimas del delito y perjudicados, así como también indirectamente el conjunto de la sociedad, a diferencia de lo que pudiera suceder en el ámbito de un proceso civil en el que las partes cuentan con igualdad de armas, y excepción hecha de los delitos privados.

Tampoco es casualidad que, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, solo en y para el proceso penal se hayan articulado delitos específicos que preservan la búsqueda de la verdad material o procesal en el ámbito de la jurisdicción penal, y sin olvidar que, incluso

²² Dado que en la misma se proponía la analogía con la eximente incompleta de ejercicio del derecho a un proceso público con todas las garantías.

²³ Cfr. por todas STS 1493/1999, Penal, de 21 diciembre (ECLI:ES:TS:1999:8670) en el que se apreciaba a la atenuante analógica en relación con los artículos 65 y 420 del Código Penal de 1995; o la 1336/2002, Penal, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2002:5315): atenuante analógica al cooperador necesario del delito fiscal al no ser él directamente concernido por el deber infringido.

estadísticamente, no es la presión de las partes acusadoras la que motiva el mayor número de procesos por delitos de obstrucción a la Justicia.

El ejercicio de una acción penal tiene que ser interpuesta en tiempo y forma, y hasta que surgió la disruptiva pseudo atenuante de la cuasi prescripción, el ejercicio «en tiempo» solo implicaba llevarlo a cabo en cualquier momento antes que se produjera la prescripción del delito. Por ello, cuanto se da carta de naturaleza a esta figura se está infra protegiendo bienes jurídico-penales en relación con la que se obtendría del resto de bienes jurídicos en el ámbito de las jurisdicciones civiles, laboral o contencioso-administrativa, en las que no juega ningún papel el día en el que se presenta la demanda o denuncia, con tal que no haya transcurrido todo el plazo previsto para su interposición. Y sin que entre los derechos fundamentales del justiciables pueda ser incluida la prescripción penal del delito.

Es más, de asumirse la conexión de la cuasi prescripción con el derecho a la tutela judicial efectiva, en los estados de nuestro entorno cultural, a los que se ha hecho referencia más arriba, en los que no existe prescripción o la protección penal se vuelve imprescriptible, habría que concluir que los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados, gozarían de una posición reforzada con relación a los sujetos pasivos en España, ya que aquellos pueden utilizar el procedimiento penal como un mecanismo para ser reparados, sin tener que ser objeto de la victimización secundaria del proceso penal, aspecto que parece pasar desapercibido cuando se intenta llevar a cabo la construcción de la pseudo atenuante de cuasi prescripción.

En efecto, si el ámbito en el que se pergeña aplicar la pseudo atenuante de cuasi prescripción es el de los supuestos en los que «la parte perjudicada recurre a una dosificada estrategia que convierte el ejercicio de la acción penal –con los efectos de toda índole que de ello se derivan– en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido», esto conduce a prejuzgar que la actuación de los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados en estos casos llevan a cabo un comportamiento con motivos espurios –«propósito de generar una interesada incertidumbre en el autor del hecho»–.

Sin embargo, en realidad con tal construcción no solo se demoniza la reparación de las víctimas, sino que se somete a los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados por el delito a una suerte de proceso probatorio sobre las razones o motivos por los que interpuso su denuncia o querrela no inmediatamente, sino en un momento posterior, aunque dentro del plazo legalmente señalado de prescripción. De esta manera, para poder atenuar la responsabilidad penal del que ha sido condenado porque ha delinquido hay que someter al sujeto pasivo a una victimización terciaria: probar que denunció sin motivos espurios, considerando por tales haber pretendido una reparación sin la victimización secundaria del proceso, sobre todo, en determinados delitos o para mejora aquella en el ámbito de la fijación de las consecuencias jurídicas del delito que se cometió, no por, sino contra las víctimas del delito.

Si se suscribe que unos desmedidos plazos de prescripción, previamente determinados por la ley, puede alterar el fin de prevención especial de las penas, habría que concluir que tal cuestión no se subsana con una imposible atenuante analógica, sino en sede de instar las necesarias reformas del instituto mismo de la prescripción, pero no se puede afirmar que la imposición de la pena es extemporánea, a efectos de prescripción, si esta no se ha completado.

En suma, hasta que no se lleve a cabo una reforma legislativa, la cual más bien debería producirse en sede procesal²⁴, no hay base legal para la admisión de la cuasi prescripción pre procesal por la alegada concurrencia de motivos espurios en el sujeto pasivo, víctima y/o perjudicado de un delito, consistente en obtener una mejor reparación por el delito que se ha sufrido, único ámbito en el que la STS 849/2023 parece admitirla.

Es cierto que en los últimos años se ha asistido, en el marco singular, aunque no únicamente, de la lucha contra la corrupción y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a un incremento de los plazos de prescripción y de la duración de las penas para intentar soslayar las denominadas «absoluciones por prescripción», así como a la introducción de reformas de difícil comprensión y viabilidad aplicativa, como lo sería la regla recogida en el 132.1-III²⁵. Pero ni siquiera normas de este calado justifican que el Alto Tribunal no cierre totalmente la puerta a la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción, y que siga dejándola entornada.

²⁴ GÓMEZ COLOMER, *Constitución y Proceso Penal*, 1996, p. 237, proponía incluir en la legislación un presupuesto procesal que se basara en impedir la celebración del juicio cuando ha transcurrido demasiado tiempo, esto es, una especie de prescripción procesal fundada en la máxima de aceleración del proceso.

²⁵ Según dispone este precepto, «En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento».

¿Apropiación indebida de la herencia yacente?

Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre

Nuria Pastor Muñoz
Universitat Pompeu Fabra
nuria.pastor@upf.edu

-

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario¹ constituye una resolución especialmente adecuada para reflexionar sobre el alcance y fundamento de la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP, así como sobre los problemas específicos que plantean aquellos supuestos en los que el patrimonio objeto del injusto es una herencia yacente. A continuación, expongo brevemente los hechos, los argumentos del recurrente y los de la STS, para después abordar los problemas esenciales que, en mi opinión, plantea la resolución.

1. Los hechos y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Nicolás tenía una cuenta bancaria que contenía parte de su patrimonio (o todo, pues la sentencia no precisa si y, en su caso, qué otros bienes pertenecían a Nicolás). Su hermana Juana era cotitular de la cuenta, pero queda probado que esta última pertenecía «exclusivamente a la espera patrimonial de D. Nicolás», porque los ingresos y los cargos de la cuenta estaban referidos a este último. Nicolás falleció el 4.4.2019, realizando Juana tres reintegros de la cuenta bancaria, en concreto, dos el mismo día del fallecimiento, de 10.000 y 3.000 euros, tras la muerte de su hermano y un tercer reintegro el día siguiente, de 40.000 euros (dejando un saldo de aproximadamente 28 euros). En el mes de mayo, tras haber nuevos ingresos en la cuenta, Juana realizó dos reintegros adicionales (1.500 y 3.000 euros). El total de lo reintegrado ascendía a 57.850 euros. En el momento del fallecimiento, Nicolás tenía un hijo, Mariano, fruto de su relación con su esposa, de la que había separado en 1987. Juana sabía de la existencia de Mariano y, dicen los hechos, Juana realizó los reintegros «con la intención» de que Mariano no percibiera cantidad alguna de la herencia de Nicolás. Por lo demás, Nicolás no suscribió documento alguno expresando su voluntad de desheredar a su hijo Mariano (relevante conforme al art. 853 CC). No consta que Nicolás hubiera hecho testamento, por lo que en este caso la sucesión era intestada conforme al art. 921 CC, siendo su hijo el primero con derecho de suceder (tras este, los padres del causante, el cónyuge no separado y, después, los hermanos).

¹ STS 885/2023, Penal, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5271)

Estos hechos fueron juzgados en primera instancia por la Audiencia Provincial de Zamora (sentencia de 30 de abril de 2021)², la cual condenó a Juana como autora de un delito continuado de apropiación indebida del art. 253 CP, en su modalidad agravada del art. 250.1 n° 5 por el valor de lo defraudado. La condenada interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el cual desestimó el recurso (STJCL 71/2021, de 1 de octubre)³. Contra la sentencia de este último Juana interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo: a los argumentos del recurso y las respuestas del Tribunal Supremo en su sentencia dedico los apartados siguientes.

2. Los argumentos del recurso de casación

El recurso de casación se basa en un único motivo: en su opinión, en el caso se debería haber apreciado la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. El dinero del que se apropió Juana era propiedad de su hermano fallecido Nicolás y que el momento de la apropiación fue posterior al fallecimiento y antes de la aceptación de la herencia por parte del hijo (si este no la aceptara, sería heredera la madre del fallecido y, si no, su hermana Juana). Así las cosas –entiende el recurso– hay dos razones para sostener la aplicación del art. 268 CP.

(i) El primer argumento reza que, mientras la herencia se encuentra yacente «deben pervivir los efectos excluyentes de la responsabilidad penal previstos en el artículo 268 CP derivados de la relación mantenida con el causante». Así pues, conforme al recurso, la relación de parentesco entre hermanos se prolongaría tras la muerte de uno de ellos y hasta que la herencia sea aceptada y, con ello, incorporada a la esfera patrimonial del heredero. Si se me permite la licencia, el recurso partiría de que el parentesco entre los hermanos se mantiene pese al fallecimiento de uno de ellos, es decir, parentesco entre una persona y una herencia yacente por ser el causante hermano de la primera, asumiendo la ficción de que la herencia yacente tiene como titular, a efectos de art. 268 CP, al causante.

(ii) Por otra parte, el recurso sostiene que en caso de que se den las condiciones de aplicación del art. 268 CP entre la autora y el posible heredero, ello impediría la condena por el delito cometido sobre la herencia yacente. Así, en el momento de la comisión del delito se debería apreciar la excusa absolutoria de parentesco basándose en la relación entre el autor del delito y la persona que (quizá) acepte la herencia y devenga, con ello, titular. Nótese que, en puridad, este argumento es sustancialmente distinto –alguno diría: incompatible– con el primero, pues aquí el recurso concibe la herencia yacente como parte del patrimonio del heredero, es decir, aquí, valga el juego de palabras, la recurrente no quiere «alargar» la vida del fallecido a efectos (solo a efectos) del art. 268 CP –como hace con su primer argumento– sino «adelantar» la adquisición de la herencia a efectos del art. 268 CP.

3. Los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y expone cuál es, a su entender, la relación entre artículo 268 CP y herencia yacente. Veamos sus argumentos.

² SAP Zamora, Sección Primera, de 30 de abril de 2021 (ECLI:ES:APZA:2021:209)

³ STSJ Castilla y León, Penal, de 1 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TSJCL:2021:3407).

Por una parte, el Tribunal afirma con la muerte del causante «desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria con relación a conductas típicas» cometidas tras la muerte. En virtud de tal «fundamento político-criminal (...) se considera conforme a valores ético-sociales compartidos que el Estado renuncie a la imposición de la pena respecto a determinadas conductas típicas que lesionan el patrimonio ajeno si entre el perjudicado y el autor se da alguna de las relaciones afectivas o parentales previstas en la norma. Se parte de la presunción de que, en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular afflictividad que pueda agravarlo». Y afirma que la «consecuencia lógica» es la exigencia de que *en el momento de la comisión del delito* concurra la relación de parentesco entre autor y víctima. De entrada, nada hay que objetar a la afirmación del Tribunal Supremo conforme a la cual con la muerte desaparece la relación de parentesco que unía a autor y causante y, por supuesto, también es coherente basar dicha afirmación en la falta de relación de parentesco en el momento de la comisión del delito. En ese sentido, se puede concluir que el primer argumento del recurso no es admisible. Ahora bien, nótese que en la fundamentación material de la excusa del art. 268 CP, la doctrina del Tribunal Supremo cuestiona precisamente la exigencia de simultaneidad entre hecho delictivo y relación y parentesco: si se trata de evitar los efectos «nocivos» de la pena para la relación afectivo-familiar, ¿no debería decaer la aplicación del art. 268 CP en aquellos casos en los que tras la comisión del delito ha desaparecido la relación de parentesco? Ejemplos: el marido comete un delito patrimonial contra la mujer y después se divorcian; un hermano sustrae bienes a otro y después la víctima muere. La exigencia de simultaneidad puede tener pleno sentido, pero no es la «consecuencia lógica» del fundamento político-criminal del art. 268 CP defendido por la jurisprudencia. El fundamento debería ser, en su caso, otro –la menor gravedad de delito patrimonial cometido entre parientes–.

Por otra parte, en su respuesta al segundo argumento del recurso, el Tribunal Supremo, tras subrayar que con la muerte del causante nace el derecho a suceder en los términos del art. 657 CC y que la herencia yacente es un patrimonio sin titular o con titular indeterminado que puede actuar en el tráfico jurídico –fin de conservación, responder de sus obligaciones– y que ostenta un interés de conservación protegido por el Derecho –protección que no requiere un titular, «un derecho actual e inmediatamente atribuido a una persona física o jurídica determinada»–, sostiene que es posible cometer un delito patrimonial *contra* la herencia yacente. Así las cosas, concluye que la herencia yacente no tiene, en definitiva, relación de parentesco alguno con la autora, pero añade lo siguiente: «si después de la firmeza de la sentencia condenatoria se aceptara la herencia por un heredero que de haberla aceptado antes se hubieran dado las condiciones de aplicación de la excusa del artículo 268 CP, se inste la vía de la revisión» pues «*si la aceptación hace que el heredero sea titular del patrimonio hereditario desde la muerte del causante* –artículos 657 y 989, ambos, CC–, *también desde esa fecha deberá ser tenido como perjudicado por los delitos que recayeron sobre dicho patrimonio*» (el resaltado es mío) y concluye: «la aceptación ha de calificarse como un “hecho” de conocimiento sobrevenido que, de haberse conocido al tiempo del juicio, hubiera determinado la absolución de la persona condenada». En el caso, no se tiene constancia de si el hijo ha aceptado o no la herencia; mientras no haya aceptación, se debe castigar la apropiación indebida cometida por Juana.

Este argumento resulta algo sorprendente, pues el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de revisión basándose en un «hecho de *conocimiento* sobrevenido», cuando en realidad estamos ante un «*hecho* sobrevenido» o posterior al delito, a saber, la aceptación de la herencia. Este

argumento no es sostenible, si bien ello no impide explorar otras argumentaciones que, en su caso, permitan llegar a la misma conclusión que el Tribunal. En efecto, aunque parezca que la retroacción de los efectos de la aceptación de la herencia al momento del fallecimiento prevista en el Código civil sería un punto de apoyo para entender que, una vez aceptada la herencia, puede considerarse que los delitos cometidos sobre la herencia yacente se han cometido contra el heredero, ello no es admisible desde el punto de vista jurídico-penal. El efecto eximente del art. 268 CP no se puede aplicar retroactivamente basándose en una relación de parentesco que nace después del delito. En el caso: si el Tribunal Supremo afirma que la herencia yacente es un patrimonio sin titular, el delito cometido sobre esta no puede quedar abarcado en ningún caso por el art. 268 CP, cuestión distinta es si se puede dar relevancia al parentesco entre el autor (en el caso, Juana) y quien tiene derecho a suceder –sobre ello *infra*–. Decir que se puede imputar retroactivamente una relación de parentesco inexistente en el momento del hecho no es coherente con la afirmación del mismo Tribunal Supremo conforme a la cual el parentesco debe existir *en el momento del hecho* –harina de otro costal es que esa exigencia no case bien con el fundamento político-criminal esgrimido para explicar la excusa absolutoria–.

4. ¿Apropiación indebida de la herencia yacente?

Si atendemos a la regulación jurídico-civil de la herencia yacente, hemos de concluir que esta ni puede ser considerada titularidad del causante, pues este ha fallecido, ni puede ser considerada titularidad del llamado a suceder antes de que la acepte, precisamente porque este aún no la ha aceptado –y es posible que dicha aceptación no tenga lugar y sea otra persona quien devenga titular de la herencia–. Así las cosas, el único vínculo que podríamos establecer entre herencia yacente y el futuro heredero (sea el primer llamado a heredar u otra persona en el orden sucesorio) es el derecho de este último a suceder. Así, un delito patrimonial cometido sobre la herencia afectaría al heredero en la medida en que menoscabaría el valor patrimonial de su derecho a suceder. A esto se añade otro problema, a saber, que en el momento del delito no se sabe quién ejercerá su derecho a suceder (si el primer llamado a hacerlo u otras personas que tienen derecho a hacerlo en caso de que el primero no acepte la herencia).

Así las cosas, existen dos planteamientos posibles. La *primera solución* consiste en entender que el patrimonio sobre el que se comete el delito es la herencia yacente, considerándola sujeto pasivo del delito –así el Tribunal–, en términos semejantes a lo que ha hecho nuestra jurisprudencia en el caso de la sociedad de gananciales. La *segunda solución*, en cambio, tomaría como referencia el patrimonio del futuro heredero, «ignorando» la autonomía de la herencia yacente, como ha hecho una línea jurisprudencial en casos de sociedades familiares a efectos de poder apreciar la excusa absolutoria de parentesco entre el autor y el socio de la sociedad perjudicada emparentado con aquel. Así, en el caso de un hermano que cometió una apropiación indebida de bienes de una sociedad en la que él mismo y su hermano eran partícipes, el Tribunal Supremo «levantó el velo», dando relevancia a la relación de parentesco a efectos del art. 268 CP (STS 94/2023, Penal, de 14 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:401]). El argumento esencial en estos casos ha sido que “los intereses de la sociedad son (...) coincidentes con los de los socios” cuando el patrimonio social presenta escasa complejidad, de manera que difícilmente se puede diferenciar socio y sociedad (STS 387/2023, Penal, de 24 de mayo [ECLI:ES:TS:2023:2419], entre otras) –ello no ocurriría, en cambio, cuando alguno de los socios de la sociedad no tiene relación de parentesco con el autor del delito (STS 9/2024, Penal, de 11 de enero [ECLI:ES:TS:2024:67])–. Con todo, hay resoluciones en sentido contrario –y, por ello, partidarias del primer camino aquí esbozado– que entienden que el art. 268 CP no es aplicable cuando los delitos han sido cometidos

por medio de personas jurídicas (STS 9/2024, con referencias a otras resoluciones), es decir, en lo que aquí interesa, estas resoluciones optarían por la *primera solución*.

El *primer camino* consiste, pues, en identificar la herencia yacente como sujeto pasivo. En puridad, eso es lo que afirma al principio el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente comentario, si bien después sostiene que la titularidad que nace en el momento de la aceptación de la herencia, permite imputar retroactivamente tal titularidad no solo en los términos en los que lo prevé el Derecho civil, sino también a efectos de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Concebir la herencia yacente como patrimonio autónomo sobre el que recae el delito es perfectamente sostenible, pero no la (nueva) valoración de un delito cometido *contra la herencia yacente* como delito cometido *contra el heredero* basándose en un hecho postdelictivo, a saber, la aceptación de la herencia. En el momento del delito el sujeto que *después* deviene heredero no es titular a efectos penales, y tampoco lo es por el hecho de que a efectos civiles se le considere titular desde el momento del fallecimiento. El Derecho civil puede operar de ese modo, pero no el Derecho penal. Por ello, si se parte de la interpretación conforme a la cual la relación de parentesco del art. 268 CP debe existir en el momento del hecho, solamente será posible fundamentar dicho parentesco si defendemos que la conducta delictiva se dirigió no a la esfera patrimonial «herencia yacente» sino a la esfera patrimonial del futuro heredero. Ese es, en efecto, el *segundo camino*. Este consiste en poner el acento en que, en realidad, la herencia yacente es materialmente parte de la esfera del futuro heredero –la persona que ejerza su derecho a suceder–. Ello podría tener sentido y, de hecho, operamos en cierta medida en estos términos cuando en los *trusts* y negocios fiduciarios diferenciamos entre la titularidad formal y la titularidad material, entendiendo que es esta última la relevante a efectos de definir la esfera patrimonial jurídico-penalmente protegida. La cuestión es si esta visión material del patrimonio, que en lo que alcanzo es perfectamente aplicable en los casos de administración desleal, es trasladable al delito de apropiación indebida. En tal caso, el problema esencial es que el derecho de propiedad lo define el Derecho privado y, por ello, no sería posible considerar «propietario» al futuro heredero que aún no ha aceptado. Con todo, nótese que la interpretación del art. 253 CP no exige estrictamente una afectación del derecho de propiedad –en los casos de préstamo de dinero entendemos que el art. 253 CP protege el derecho de crédito–, por lo que esta objeción se podría salvar.

Así las cosas, aunque la *primera solución* simplifica la identificación del patrimonio menoscabado por el correspondiente delito, no tiene en cuenta la relación entre la conducta apropiatoria y una esfera patrimonial que es perjudicada por aquella conducta, a saber, la de quien ostenta el derecho de suceder. Y es que la agresión patrimonial sobre la herencia yacente presenta la estructura de una actuación sobre una esfera distinta a la del posterior heredero, pero destinada a integrarse en esta última. En efecto, la apropiación indebida cometida contra la herencia yacente menoscaba el valor económico del derecho de sucesión del heredero, pero no operando *sobre los bienes de este*, sino sobre aquellos bienes que el futuro heredero tiene derecho a adquirir en virtud del derecho de sucesión. Ahora bien, si tenemos en cuenta el destino de la herencia yacente, a saber, integrarse en el patrimonio del futuro heredero, así como el hecho de que la protección jurídica de aquella es claramente instrumental –se podría entender como una protección anticipada de los intereses del heredero y los de los acreedores del patrimonio heredado–, tiene sentido contemplarla materialmente como parte de la esfera patrimonial del futuro heredero. Ahora bien, nótese que este segundo camino, sobre todo si pensamos en seguirlo respecto a otros patrimonios «instrumentales», exige un examen muy preciso de cuáles son los presupuestos materiales para dejar de contemplar el patrimonio autónomo (la herencia

yacente u otro) como tal y pasar a concebirlo como «parte» de un patrimonio distinto (el del futuro heredero o, en los casos de sociedades familiares, el del socio). Por lo demás, si este criterio se aplica al caso, podrían darse dos situaciones que hay que examinar: (i) que por falta de aceptación de las personas con una posición superior en el orden sucesorio, fuera la hermana (la autora) quien acabara heredando del fallecido; en tal caso, se debería apreciar una tentativa inidónea (el patrimonio que parecía que se iba a integrar en la esfera de otro, acabó por hacerlo en la esfera de la autora); en la medida en que ella debía contar con la alta probabilidad de que la herencia yacente se acabara integrando en la esfera patrimonial del hijo de Nicolás, no habría problema para afirmar la concurrencia de dolo. (ii) La concurrencia de error en la autora - aunque ello no parece ser así en el caso objeto de la sentencia - sobre la existencia de otras personas con derecho a suceder prevalente al suyo; imaginemos que la autora no hubiera tenido noticia de la existencia del hijo (en tal caso, podría apreciarse un error de tipo que, incluso en caso de ser vencible, conduciría a la impunidad de la conducta -no está tipificada la apropiación indebida imprudente-).

Por último, en el caso no se hace referencia a la existencia de deudas en la herencia de Nicolás ni, por tanto, a acreedores que pudieran haberse visto perjudicados mediante el vaciamiento de la cuenta de Nicolás cometido por Juana. Con todo, nótese que, en caso de haber existido acreedores, podría plantearse si Juana llevó a cabo una conducta constitutiva de frustración de la ejecución en perjuicio de los acreedores de la herencia, una calificación que requeriría examinar si es posible entender que Juana reúne las condiciones del art. 31 CP respecto de la esfera del deudor (la herencia yacente).

5. El fundamento de la excusa absolutoria del art. 268 CP

Por lo demás, la sentencia da pie a reflexionar sobre el fundamento y ámbito de aplicación de la excusa absolutoria de parentesco. El fundamento al que nuestra jurisprudencia alude para explicar la excusa absolutoria es, en puridad, doble: (i) la familia tendría mecanismos para resolver adecuadamente el conflicto, luego la pena no sería necesaria y (ii) la pena agravaría el conflicto afectivo-familiar. Con palabras de la sentencia objeto del presente comentario: «en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular aflictividad que pueda agravarlo». Y también en otras resoluciones: «una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar (...) estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos» (STS 111/2023, Penal, de 16 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:1235]). Así, este planteamiento (i) parte de que el vínculo familiar está deteriorado (el delito expresa ese deterioro) pero no tanto (algo vinculado a que el autor ha cometido un delito patrimonial sin mediar violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad) como para no estar en condiciones de recomponer la relación familiar y, por ello, desplaza la solución del conflicto a la familia. A la vez, (ii) cuando afirma que el art. 268 CP pretende «preservar la unidad familiar», pues «una eventual condena dificultaría la paz familiar» (STS 9/2024, entre otras), presume necesariamente que en caso de proceso penal y consiguiente condena habría un vínculo familiar vigente que se vería negativamente afectado por la pena. Ahora bien, a la vez, la jurisprudencia exige -condicionada por el tenor literal del art. 268 CP- que el vínculo familiar exista en el momento del hecho y, en cambio, no exige su

pervivencia tras el delito. Esto significa que en los supuestos en los que tras la comisión del delito patrimonial desaparece el vínculo familiar entre autor y víctima –ejemplo: tras la comisión de un hurto de un cónyuge contra otro, estos se divorcian–, no hay un vínculo familiar (i) capaz de resolver el conflicto ni (ii) que pueda verse deteriorado por la imposición de la pena; con otras palabras (i) no hay un contexto familiar capaz de procesar el problema, sustituyendo a la Administración de Justicia, (ii) ni hay vínculo deteriorado cuya recomposición se pudiera ver impedida por la imposición de la pena.

En definitiva, el fundamento de la excusa absolutoria –al margen de que este pueda ser más o menos convincente– exigiría la pervivencia del vínculo familiar tras el delito. Es cierto que, *de lege lata*, podría resultar difícil exigir dicho presupuesto para la aplicación del art. 268 CP –en contra se podría esgrimir que dicha reducción teleológica del art. 268 CP sería contra reo, ampliaría el ámbito de lo punible al añadir una exigencia no recogida en la ley–. Por ello, la pregunta es si, en puridad, no sería más convincente entender que la exigencia de que el vínculo exista en el momento del hecho y solo en el momento del hecho estaría más en armonía con una interpretación distinta que apunta a la menor gravedad del hecho. Así las cosas, la jurisprudencia no lo tiene fácil: (1) podría seguir este último camino (menor gravedad del hecho) e ignorar que la familia puede tener capacidad de resolver satisfactoriamente el conflicto y que la pena podría deteriorar más los vínculos familiares, pero ignorar este aspecto no parece satisfactorio, pues cuando una familia puede resolver el conflicto derivado del delito patrimonial, parece que tiene sentido que la Justicia penal se quede al margen; (2) podría mantener su fundamentación del art. 268 CP, pero añadir la exigencia de un mantenimiento del vínculo familiar para que dicha fundamentación se corresponda con la verdadera existencia de una solución del conflicto en el plano privado y una verdadera necesidad de preservar el vínculo familiar de los efectos nocivos de la pena, pero esta reducción teleológica toparía con la objeción de que, al restringirse el ámbito de aplicación del art. 268 CP, se amplía el ámbito de lo punible; o (3) podría mantener la interpretación que sostiene actualmente, si bien con la consecuencia insatisfactoria de que en todos aquellos casos en los que el vínculo familiar se ha disuelto tras la comisión del delito, se está partiendo de una ficción –ni hay una familia que resuelva el conflicto ni un vínculo familiar cuya recomposición se vería impedida por la pena.

Al final, resulta mucho más convincente la solución del Código penal alemán en los casos de hurto entre parientes (§ 247 StGB): la persecución solamente a instancia de parte (una solución que asumió el Anteproyecto de 2008 y que, lamentablemente, no llegó a convertirse en ley): si los parientes creen poder resolver el conflicto sin pena, pueden optar por ello; si la relación está demasiado deteriorada, pueden acudir a la vía penal.

6. Conclusión

Sea como fuere, la Sentencia contribuye sustancialmente a la discusión sobre un problema importantísimo de nuestro Derecho penal económico y patrimonial, a saber, la definición de las esferas patrimoniales y la decisión sobre si hay relación de parentesco cuando entre el autor y la esfera del sujeto finalmente perjudicado media una esfera patrimonial distinta (no personal, incluso instrumental). Muchos son los grupos de casos en los que esta cuestión adquiere relevancia: los casos de administración desleal en sociedades familiares con vínculo de parentesco entre administrador y socios, los casos de delitos patrimoniales de un cónyuge sobre la sociedad de gananciales y, por supuesto, el caso objeto de la sentencia comentada. Por lo

demás, esta resolución da pie a revisar críticamente (de nuevo) el fundamento y alcance del art. 268 CP.

Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa «*illicita in causa*»)

Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero

Francisco Fernández Perales
Universitat Pompeu Fabra
francisco.fernandezp@upf.edu

1. Introducción

El Tribunal Supremo recurre por primera vez en la sentencia objeto de este comentario a la estructura de la *actio illicita in causa* en un supuesto de provocación de una agresión ilegítima. Sin embargo, lejos de referir dicha estructura como recurso para proponer una solución capaz de compatibilizar el reconocimiento de un derecho de defensa respecto del provocador y la imposición de una pena a éste por su acción previa –como ha hecho la doctrina, favorable o no a esta solución–, lo hace en complemento de uno de los principales argumentos para negar toda facultad defensiva al provocador agredido, el del *abuso de derecho*. Si bien, en el caso, acaba reconociéndose el derecho a la legítima defensa al provocador al no poder constatarse un vínculo de inmediatez temporal suficiente entre la provocación y la agresión, la particular toma posición del Tribunal Supremo –por lo demás, excesivamente breve sobre una cuestión respecto de la que abunda, en el ámbito doctrinal, propuestas en muy diversos sentidos– da cuenta de la conveniencia de revisar el estado de la cuestión.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados

El Tribunal Supremo estimó, en su sentencia 97/2022, de 9 de febrero¹, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 143/2020, de 4 de junio de 2020, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (ECLI:ES:TSJAND:2020:16346), que confirmaba la sentencia condenatoria de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga 391/2019, de 30 de octubre (ECLI:ES:APMA:2019:4107), por la comisión de un delito de lesiones del art. 150 del Código penal. El Tribunal Supremo casa la sentencia, anulándola y dicta nueva sentencia en la que estima la eximente completa de legítima defensa (art. 20.4 del Código penal). Los hechos se produjeron en un bar sito en la ciudad de Málaga que la víctima, «Ruperto», frecuentaba. El autor de las lesiones, «Norberto», al encontrarse con Ruperto en dicho establecimiento, le dirigió expresiones vejatorias en relación con su nacionalidad. Tales manifestaciones fueron reiteradas «a lo largo de un par de horas», por lo que Ruperto acabó

¹ STS 97/2022, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:402). Ponente Hernández García.

marchándose del establecimiento. Sin embargo, siendo que tras marcharse y tratar de emprender el camino hacia su domicilio con su vehículo golpeó involuntariamente a otro vehículo allí estacionado, decidió volver a entrar en el establecimiento. Una vez dentro, encontrándose en un estado de intensa agitación, «lanzó dos vasos contra Norberto». A fin de defenderse, éste lanzó a su vez «un vaso de vidrio contra el rostro» de Ruperto, que se rompió en su rostro. Las lesiones consistieron en una «herida incisocontusa» en boca y labio inferior y en la «fractura parcial» de cuatro piezas dentales. Su curación requirió tratamiento médico-quirúrgico, farmacológico y odontológico. La Audiencia Provincial de Málaga absolvió de un delito leve de lesiones a Ruperto –que había agredido a Norberto tras la provocación de éste– y condenó a Norberto por la comisión de un delito de lesiones del art. 150 del Código penal, estimando la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa (art. 21.1 en relación con el art. 20.4 del Código penal) y la atenuante de embriaguez (art. 21.7 en relación con el art. 20.2 del Código penal), a una pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con el deber de indemnizar a Ruperto «en la suma de 1.222, 90 euros por los días de curación y 11.650,71 euros por secuelas». El Tribunal Supremo, como se ha expuesto *supra*, casa la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que confirmaba la de instancia, estimando la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa (art. 20.4 del Código penal), por entender que no concurrió provocación suficiente en el provocador agredido, Norberto, al no constatarse un vínculo de inmediatez temporal entre su provocación y la agresión de Ruperto.

2.2. La defensa ante la agresión provocada como *actio illicita in causa*: posición del Tribunal Supremo

A fin de establecer premisas desde las que discutir si cabía o no hablar del ejercicio del derecho a la legítima defensa, la Sala comienza su exposición refiriendo el «fundamento constitucional de la legítima defensa». Éste no sería otro que «la necesidad, ante ataques injustos, de proteger los bienes jurídicos individuales y de garantizar la prevalencia del Derecho, entendido como instrumento de la adecuada ordenación de las relaciones sociales»². A continuación, examina algunos requisitos cuya concurrencia sería necesaria para que –en sus términos– el derecho de defensa prevalezca sobre el derecho que se lesionaría, «que puede tener igual o incluso superior relevancia iusconstitucional». Concretamente, refiere la necesidad de la defensa y la entidad de la agresión, extrayendo del ámbito de la justificación por legítima defensa los casos de agresiones «irrelevantes» de acuerdo con las «limitaciones ético-sociales» de aquella, que traerían causa de «la propia Constitución»³. Estos presupuestos del derecho a la legítima defensa integrarían su «dimensión axiológica», y asimismo, a juicio de la Sala, lo haría la ausencia de un «comportamiento previo del agredido» que cuestionara la procedencia de la justificación. Si se ha pretendido «intencionadamente» que otro lleve a cabo una agresión contra uno a fin de estar autorizado para defenderse lesionándolo, entiende el Tribunal que parecería «obvio que en estos casos el *provocador* no puede ampararse en el derecho a defenderse legítimamente».

Dos argumentos se ofrecen para sostener esto último. En primer lugar, afirma el Tribunal que el agente estaría abusando del derecho a la legítima defensa, por lo que desaparecería «todo fundamento ético e interés de protección y de preservación del mismo». Como se expondrá, si bien el abuso de derecho –uso de la facultad reconocida legalmente con un fin inadecuado– y la

² FJ único inciso segundo.

³ FJ único inciso tercero.

ausencia de los presupuestos que dan lugar al derecho a la legítima defensa atendiendo al fundamento de ésta –el provocador no puede representar la defensa del ordenamiento jurídico ni concurre necesidad de defensa individual– son argumentos distinguibles, no han faltado en la discusión doctrinal partidarios de negar toda facultad de defensa al provocador que los han presentado conjuntamente. Del mismo modo procede el Tribunal, que llega a afirmar que, si se abusa del derecho a la legítima defensa «en puridad, la propia provocación pasa a convertirse en agresión ilegítima», afirmación que, de ser correcta, conduciría en realidad a otorgar al provocado un derecho de defensa, si bien no parecería pretender expresar eso el Tribunal. En definitiva, a su parecer los supuestos de provocación intencional⁴ «responden a la categoría de la *actio illicita in causa*», por estar la defensa «preordenada a lesionar al agresor», de modo que no podría reconocerse un derecho a defenderse, que utilizaría el provocador «para enmascarar su propio y previo plan de agresión ilegítima contra el provocado»⁵. No obstante, la provocación debe reunir una serie de características para que pueda hablarse de una *actio illicita in causa*. Por un lado, debe medirse el «grado de desaprobación, al menos, ético-social que merece». Por el otro, la reacción de quien es provocado debe ser previsible⁶.

De lo expuesto por la Sala, el único elemento verdaderamente relevante para la resolución del caso acaba siendo el último mencionado. Si bien se afirma que la provocación «merece toda la desaprobación ético-social» y que hacía previsible una reacción agresiva del ofendido⁷, el hecho de que se identifiquen tres secuencias fácticas sucesivas conduce a negar la referida previsibilidad en cuanto a la agresión que finalmente tuvo lugar⁸. En primer lugar, se produjeron las ofensas de Norberto hacia Ruperto. Después, éste abandonó el local, subiéndose a su vehículo, circulando y colisionando con otro vehículo estacionado en un lugar próximo al local. Por último, Ruperto regresa a éste y de forma inmediata agrede a Norberto, que se defiende causando las lesiones ya referidas *supra*. De lo antedicho se desprendería, en opinión de la Sala, que debe negarse «una clara conexión espacio-temporal, un nexo de actualidad, de suficiencia», por lo que el agredido «recupera con toda su extensión el derecho a defenderse»⁹. Los efectos de la provocación se limitarían, por ende, a la responsabilidad del provocador si es que aquélla resultara por sí misma ya típica, y a reducir la culpabilidad –en su caso– del agresor, por actuar por «arrebato, obcecación o estado pasional de entidad semejante»¹⁰.

El pronunciamiento examinado tiene interés en relación con el derecho a la legítima defensa, principalmente, por dos razones. En primer lugar, es la única sentencia del Tribunal Supremo que ha hecho referencia a la estructura de la *actio illicita in causa* al tratar el requisito tercero del art. 20.4 CP. Hasta donde alcanzo, solamente dos sentencias de inferior rango la habían mencionado para resolver un supuesto de provocación de la agresión¹¹. Sin embargo, el uso

⁴ De ser imprudente, el derecho de defensa solamente se «limita o reduce» al reducirse, asimismo, «el interés de protección que fundamenta el derecho a defenderse». FJ único inciso quinto.

⁵ FJ único inciso cuarto.

⁶ FJ único inciso sexto.

⁷ FJ único inciso séptimo.

⁸ FJ único inciso octavo.

⁹ FJ único inciso noveno.

¹⁰ FJ único inciso décimo.

¹¹ La SAP Ávila, Sección Primera, de 14 de enero (ECLI:ES:APAV:1998:14) sencillamente refiere la *actio illicita in causa* tras declarar que no cabe estimar la legítima defensa como eximente completa cuando la agresión ha sido provocada intencionalmente, sin ulterior explicación. La segunda resolución que refiere esta estructura es la SAP Madrid, Sección Séptima, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APM:2017:13201). Si bien aquí se hace referencia a una

jurisprudencial de la expresión diverge de lo expuesto doctrinalmente en su desarrollo. Como se expondrá, uno de los mayores retos que plantea la referida estructura es determinar si el agente mantiene su derecho de defensa en el momento de la agresión, pese a que acabe siendo castigado en atención a que la ha provocado¹². Esto es especialmente importante en lo que hace a la intervención de terceros en el hecho¹³. Suele defenderse en la discusión doctrinal que un tercero que intervenga en defensa del provocador, está amparado por el derecho a la legítima defensa de terceros. Sin embargo, quienes han trabajado esta última figura con profundidad afirman que ésta depende de la posición jurídica del agredido, por lo que esclarecer este extremo es fundamental. El Tribunal Supremo, que, por lo general, parece sostener la completa ausencia de derechos de defensa respecto del provocador¹⁴, refiere la estructura de la *actio illicita in causa* solamente para fundamentar el castigo de quien se defiende de una agresión ilegítima, ofreciendo soporte argumentativo al requisito tercero del art. 20.4 CP¹⁵, rechazando expresamente que el provocador intencional cuente con derecho de defensa alguno, de modo que el recurso a la estructura mencionada es incorrecto. En segundo lugar, el interés del pronunciamiento se encuentra en la determinación de si es razonable exigir un nexo temporal entre la provocación y la agresión para descartar que el provocador quede amparado por el

de las objeciones básicas al recurso a la estructura de la *actio illicita in causa* para explicar el requisito de la falta de provocación de la agresión –la falta de dominio del hecho del provocador–, el Tribunal no se posiciona respecto de lo que introduce como «posiciones contrapuestas» en la doctrina. Por lo demás, tampoco da cuenta el Tribunal de un elemento característico de esta solución, la posibilidad de que el provocador pueda ejercer el derecho de defensa, pese a ser castigado por haber provocado la aparición de la situación justificante.

¹² Entre otros, por MITSCH, «Rechtswidrigkeit», en BAUMANN *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, p. 317, nm. 14/66; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 48.

¹³ Lo destaca MOLINA FERNÁNDEZ, «Causas de justificación», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1728.

¹⁴ Si bien son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto –y menos aquellos en los que se pronuncie la Sala expresamente sobre la cuestión o se estime la existencia de provocación suficiente, que son los que nos interesan a estos efectos– y, ciertamente, no se distingue entre la facultad de defensa en el momento de la agresión provocada, y el castigo del provocador, véase, por ejemplo, la STS, s/n, Penal, de 22 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13677): inaplicación de la eximente completa (se atenuó la pena) a quien acosó a la víctima, provocando imprudentemente (calificación del Tribunal) que ésta le agrediera; STS, s/n, Penal, de 17 de octubre de 1989 (sentencia no disponible en la base de datos del Poder Judicial, extraída de la base de datos Aranzadi): los hechos son relativos a dos sujetos que se negaron a pagar la consumición en un bar de alterne, siendo perseguidos y agredidos por el dueño del local, que les intimidó disparando al aire con un arma de fuego, a lo que uno de ellos respondió dirigiéndose hacia él con una navaja en la mano, siendo herido por un disparo, sobreviviendo al llegar a tiempo al hospital. No se aplica la eximente completa de legítima defensa al dueño del local, que habría provocado «imprudentemente» a sus dos clientes. Afirma el Tribunal que «la provocación suficiente o adecuada por parte del defensor origina un exceso defensivo que da paso a la eximente incompleta», bastando la provocación imprudente y convirtiéndose «en agresor» el provocador cuando la provocación es intencional; STS, s/n, Penal, de 15 de noviembre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:475): inaplicación de la eximente completa a quien amenaza a otro con una escopeta y le dirige graves insulto y acaba siendo objeto de una tentativa de agresión con arma de fuego, a la que responde disparando la suya, alcanzando al provocado. La Sala expuso que «nunca podría ser admitida con el carácter de completa la eximente que pretende el recurrente por la incidencia de la provocación previa y suficiente». Debe considerarse, sin embargo, que la referida tentativa fue consumada imprudentemente respecto de la esposa del provocador, por lo que, de haberse examinado el caso como una legítima defensa de terceros, la resolución pudo haber sido distinta; STS, s/n, Penal, de 18 de enero de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:4315): inaplicando la eximente completa de legítima defensa a quien provocó la agresión del hermano de quien habría sido «recriminado y vilipendiado en público» por él. Asimismo, aunque no estiman la concurrencia de provocación suficiente, las SSTS 300/2021, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1374) y 287/2009, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1561) afirman que, cuando concurre una «provocación intencionadamente causada [...] desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador».

¹⁵ De forma similar, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN exponen que «[n]o debe apreciarse legítima defensa, sin embargo, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa (*actio illicita* [sic.] *in causa*), porque más que de un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor». Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.

derecho a la legítima defensa y si, de serlo, el referido nexo debe o no negarse en relación con el supuesto enjuiciado. En lo que sigue, la atención se centrará en la primera cuestión¹⁶.

3. La discusión doctrinal sobre las acciones de defensa frente a agresiones provocadas

3.1. Provocación suficiente

Previamente a considerar si cabe legítima defensa frente a la agresión provocada debe aclararse qué hay que entender por provocación. Si ésta debiera ser una acción antijurídica en el sentido que se asigna a este adjetivo en la sistemática de la teoría del delito, el requisito relativo a la falta de provocación de la agresión carecería de sentido, pues una agresión provocada con una acción antijurídica no es sino una *agresión ilegítima* en el sentido de la legítima defensa¹⁷. Explicado aprovechando el relato fáctico del caso que aquí se comenta: si Norberto, al entrar Ruperto en el local, hubiera golpeado a éste en primer lugar, causándole lesiones de las previstas en el 147.1 CP, y Ruperto hubiera repelido los sucesivos intentos de agresión golpeando a su vez a Norberto, no sería necesario aducir, para negar la legítima defensa de Norberto, que éste ha provocado la agresión. Sencillamente, la acción de Norberto constituiría una agresión ilegítima, de la que Ruperto podría defenderse –en este caso sí– lícitamente en ejercicio del derecho a la legítima defensa. De acuerdo con el código penal español, la falta de provocación de la agresión constituye un requisito del ejercicio del derecho a la legítima defensa. por lo tanto, la única interpretación conforme con el texto legal es considerar que, con *provocación*, no se hace referencia a una provocación equiparable a una agresión antijurídica¹⁸. Lo antedicho, no obstante, no hace referencia al supuesto en el que la provocación constituye una acción antijurídica de la que cabría defenderse, pero la reacción del provocado tiene lugar después de que la primera cese¹⁹. Este sería, probablemente, el caso más evidente de provocación al que hace referencia el requisito tercero del art. 20.4 CP.

La acción provocadora a la que hace referencia el código penal no podría, por lo tanto, constituir ella misma una agresión ilegítima de la que quepa defenderse. Por otro lado, debe establecerse también un límite mínimo. De lo contrario, la mera causalidad bastaría para entender que se ha

¹⁶ En todo caso, cabe apuntar que no es cuestión pacífica si cabe exigir inmediatez temporal entre la provocación y la agresión para desestimar la eximente completa ni, en caso de exigirlo, cómo determinar dicha inmediatez. Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, 6^a ed., 1998, p. 243, expone que esta exigencia «carece de base legal y no guarda relación alguna con el fundamento del requisito de la falta de provocación suficiente por parte del defensor: que no puede erigirse en defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica». El propio Tribunal Supremo, por lo demás, entendió que concurría provocación de la agresión en uno de los casos referidos *supra* (STS, s/n, Penal, de 15 de noviembre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:475) pese a haber transcurrido «de 30 a 40 minutos entre la provocación y la acción agresiva».

¹⁷ En este sentido, MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2024, p. 129; MIR PUIG, *PG*, 10^a ed., 2016, p. 456, nm. 16/77; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, p. 348; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 431; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, 1999, p. 450; PERRON/EISELE, «§ 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30^a ed., 2019, nm. 54.; PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 5^a ed., 2021, p. 164; MITSCH, «Rechtfertigungsgründe», en BAUMANN et al., *AT*, 9^a ed., 2021, p. 346, nm. 15/54; RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, 2017, p. 480.

¹⁸ Sin embargo, como se ha expuesto, el Tribunal Supremo refiere la provocación de Norberto como una auténtica agresión ilegítima (STS 97/2022, de 9 de febrero, FJ único inciso cuarto).

¹⁹ Refieren este supuesto RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13^a ed., 2019, nm. 245.

provocado la agresión y que, por ende, la acción defensiva no está amparada por el derecho a la legítima defensa. Así, también acciones conformes a Derecho podrían constituir una provocación que excluiría el derecho a la legítima defensa. Es decisivo, por lo tanto, que la causa de la agresión ilegítima pueda ser concebida valorativamente como una auténtica provocación. Esta distinción se realiza con referencia al concepto de «suficiencia» de la provocación²⁰. Algunos autores proponen entender dicho concepto prescindiendo de consideraciones relativas a la entidad de la provocación –si bien no han faltado estas en la discusión doctrinal²¹–, vinculándolo con su calificación jurídica. Desde este punto de vista, solamente podría excluir la legítima defensa la provocación *ilícita*²², calificación de la que distinguen la ilegitimidad de la agresión que da lugar a la legítima defensa, «[p]asando el provocador a ser realmente agresor» en tales supuestos²³. Se ha defendido, también, que la provocación no debe ser ilícita, sino que basta con que sea contraria a la ética social²⁴. En definitiva, la provocación suficiente se situaría entre la provocación irrelevante, meramente causal, y la provocación constitutiva de agresión ilegítima.

3.2. El derecho a defenderse de una agresión ilegítima provocada

a. *La tesis de la actio illicita in causa: distinción entre los planos de la determinación de posiciones jurídicas y del merecimiento de pena*

De poderse afirmar que concurre *provocación suficiente*, según nuestro Código penal no cabe la eximente completa de legítima defensa²⁵, si bien no parecería haber obstáculo para estimar aplicable la eximente incompleta (art. 21.1 CP en relación con el art. 20.4 CP)²⁶. Que la conducta del agente se encuentre próxima a la que sería perfectamente subsumible en el supuesto de hecho de la eximente conduciría, habitualmente, a preguntarse si pese a tratarse de una conducta

²⁰ Díez Ripollés, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 314; Mir Puig, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 456, nm. 16/77; Cerezo Mir, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 241, distinguiendo entre «provocación suficiente» y «provocación causante».

²¹ Muñoz Conde/García Arán, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 300. Será suficiente «sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación»; Orts Berenguer/González Cussac, *PG*, 10ª ed., 2023, p. 421: «Se entiende suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera conducido a una reacción agresiva». Refiere la provocación de la agresión como una de las expresiones del fenómeno de la motivación delictiva que, en este caso, tiene como consecuencia jurídica el impedir el pleno ejercicio del derecho a la legítima defensa, Martínez Sanromà, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, pp. 40, 61 s.

²² Entre otros, sostienen que la provocación debe ser ilícita, sin que baste su carácter ético-socialmente reprochable, Cerezo Mir, *PG*, 6ª ed., 1998, pp. 241 s.; Vizueta Fernández, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en Romeo Casabona *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 216; Molina Fernández, en el mismo (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1724-1726; Mitsch, «Rechtfertigungsgründe», en Baumann *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, p. 346, nm. 15/54 s.; Roxin/Greco, *AT*, 5ª ed., 2020, p. 802, nm. 15/65. En contra, argumentando que rechazar este criterio no implica tener por *provocación suficiente* acciones socialmente adecuadas, Cuello Contreras, *PG*, 3ª ed., 2002, p. 829.

²³ Díez Ripollés, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 314.

²⁴ Lacruz López, «La legítima defensa y el estado de necesidad», en Gil Gil *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 439; también, Muñoz Conde/García Arán, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 301: «También deben considerarse «provocación suficiente» los casos de provocación imprudente, de conductas antijurídicas no constitutivas de agresión ilegítima y de comportamientos ético-socialmente desaprobados en situaciones excepcionalmente intolerables (bromas de mal gusto, burlas, etc.)».

²⁵ La discusión en Alemania se sitúa en un contexto radicalmente distinto, pues el § 32 StGB no establece como requisito la falta de provocación previa de la agresión. Esta cuestión es tratada doctrinalmente como una restricción ético-social de la legítima defensa o una restricción basada en el fundamento de ésta. Véase, entre otros, Mitsch, en Baumann *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, pp. 343 ss.

²⁶ La excluye, sin embargo, Iglesias Ríó en los casos de provocación intencional. Cfr. Iglesias Ríó, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 457.

prohibida –que, además, puede repelerse en legítima defensa–, pudiera no merecer pena. En otras palabras, si respecto de la conducta del agente, que constituye la infracción de una norma de conducta, se dan o no la totalidad de los presupuestos para la aplicación de la norma de sanción. Sin embargo, en este caso la discusión gira en torno a la solución inversa, la conservación del derecho de defensa pese al castigo –si bien se ha defendido también la impunidad del provocador, que mantendría a su vez el derecho de defensa, habiendo sugerido parte de quienes sostienen esta solución la mera reducción de las facultades de defensa²⁷. La existencia de la provocación previa a la agresión sugeriría que la conducta del agente merece ser reprochada, puesto que da lugar al conflicto. No obstante, la defensa se llevaría a cabo frente a una agresión ilegítima, por lo que, en el momento de la agresión, el provocador se encontraría en la misma situación que aquel que no ha provocado el conflicto y es agredido.

En esta línea, se ha sostenido que, configurando la defensa como una *actio illicita in causa*, puede mantenerse el derecho de defensa intacto, castigando a su vez al que lo ejerce. No obstante, el castigo no se debería a la acción defensiva, que sería lícita, sino a la acción de provocación²⁸. Las

²⁷ MITSCH, en BAUMANN et al., *AT*, 9ª ed., 2021, p. 347, nm. 15/56. Expone este autor que «mientras la provocación no afecte la capacidad del agresor de omitir la agresión o, al menos, finalizarla a tiempo, la limitación del derecho a la legítima defensa no es necesario para su protección [...] Quien no se controla y agrede al provocador, actúa por su cuenta y riesgo. Debe soportar las consecuencias cubiertas por la legítima defensa del agredido». Esta solución, a su juicio, impediría la espiral de violencia a la que abocaría la tesis de la doctrina dominante, que acaba otorgándole un derecho de defensa al provocado en el sentido de limitar la defensa del provocador (p. 348, nm. 15/57). Asimismo, BOCKELMANN, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *FS-Honig*, 1970, pp. 30 s. Tras criticar las soluciones basadas en la estructura de la *actio illicita in causa* y en el concepto de *abuso de derecho*, expone BOCKELMANN que las ideas fundamentales que subyacen al derecho a la legítima defensa –debe poderse emprender acción defensiva frente a la pérdida y los daños a bienes y el Derecho no debe ceder ante el injusto– conducen a concluir que el provocador también debe poder ejercerlo, haciendo hincapié en que el provocado no es eximido de pena, sino que realiza igualmente –pese a que pueda atenuarse aquélla– una agresión ilegítima de la que el provocador debe poder defenderse; en este sentido, también SPENDEL, «§ 32. Notwehr», *LK-StGB*, 11ª ed., 2003, pp. 143 s., nm. 291, 294-296; en un sentido similar, apunta brevemente SCHMIDHÄUSER en su trabajo sobre la estructura valorativa (*Wertstruktur*) de la eximente de legítima defensa, que la acción del provocado sigue siendo un ataque a la vigencia empírica del ordenamiento jurídico frente al que cabe legítima defensa. Cfr. SCHMIDHÄUSER, «Über die Wertstruktur der Notwehr», *FS-Honig*, 1970, p. 198; también FRISTER descarta una restricción del derecho a la legítima defensa aduciendo que no cabe ampliar los deberes de solidaridad solamente con arreglo a consideraciones de reprochabilidad. Cfr. FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, p. 310. Por otro lado, autores como JAKOBS o PAWLIK han propuesto reducir el alcance del derecho de defensa del provocador, debido a que éste debe asumir una parte del coste del conflicto, al considerarse corresponsable en su producción. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, pp. 403 s., nm. 12/49 s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 243 (=PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 281); PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, 2006, pp. 355-359; similar, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 273; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, p. 628, nm. 253.

²⁸ Esta es la particularidad de la solución. Véase al respecto KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, p. 229; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 48; BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, p. 154; en relación con el estado de necesidad, entre otros, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 105; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, (35), 1982, pp. 681, 686. Ampliamente, sobre la *actio illicita in causa*, dando cuenta de su definición (pp. 61 s.) y origen histórico-dogmático (p. 65) y posicionándose a favor del recurso a esta estructura para mantener el derecho de defensa del provocador (incluso en caso de provocación intencional, p. 63), aunque solamente en relación con lo que denomina *causas de justificación del desvalor de la acción*, véase LUZÓN PEÑA, «Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación», *ADPCP*, (47-3), 1994. De acuerdo con su clasificación de las causas de justificación entre las que excluyen el desvalor de resultado (legítima defensa, entre otras) y el de acción si concurre el elemento subjetivo y las que excluyen solamente el desvalor de acción (por ejemplo, el estado de necesidad, por cuanto el resultado sigue constituyendo un *mal*), la *aiic* no sería aplicable al caso de la legítima defensa. La concurrencia de esta clase de causa de justificación conllevaría que «el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto», por lo que no cabría exigir responsabilidad al provocador.

críticas dirigidas a esta solución han sido muy diversas²⁹. En primer lugar, se ha sostenido que sería contradictorio tener por lícita, conforme a Derecho, la acción defensiva, pero castigar al agente por dar lugar a ésta –tesis de la incompatibilidad (*Unvereinbarkeitsthese*)–³⁰. Tampoco convencería la solución de la autoría mediata –que ha tratado de usarse para dar encaje dogmático a la estructura³¹– al tratarse del mismo sujeto y no del autor y el sujeto instrumentalizado por éste³². También se aduce que la doctrina de la imputación objetiva parecería dar cuenta de la incorrección de esta propuesta, puesto que el agresor es responsable de su reacción agresiva. Además, se ha opuesto a esta solución que, con ella, se borrarían los contornos de los tipos aplicables en relación con la provocación para dar cabida a ésta, desplazándose también la tentativa a un momento muy alejado de la acción que causa la lesión, haciendo, por lo demás, imposible el desistimiento tras la provocación³³. Por último, se ha objetado que no es posible en el ámbito de la antijuridicidad una solución análoga a la alcanzada refiriendo la estructura de la *actio libera in causa* en el ámbito de la culpabilidad. En este último caso, se trata de imputar un mismo hecho antijurídico a una acción realizada previamente. En cambio, con la referencia a la estructura de la *actio illicita in causa* se pretende algo distinto, esto es, cambiar el objeto del juicio de antijuridicidad³⁴.

La gran cantidad de críticas y su ostensible fuerza argumentativa no ha impedido la propuesta de alternativas que mantengan, asimismo, la justificación de la defensa castigando, a su vez, la provocación de la agresión. Así, parte de la doctrina ha sostenido que la solución pasa por la introducción de un tipo penal referido a la acción provocadora³⁵. Un delito de peligro cuya punibilidad no obste para entender justificada la acción defensiva. Así, por ejemplo, KIEFNER planteó la tipificación de un delito cuya punibilidad haría depender de que se produzca,

²⁹ Una breve y muy clara descripción de las referidas críticas puede leerse en KÜHL, AT, 8ª ed., 2017, pp. 229 s.

³⁰ BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, p. 159. En su opinión, esta solución contradiría el «sentido y función del concepto de injusto en Derecho penal. Pues o bien se da ese juicio de injusto, o bien se excluye, significando esto que el autor no puede ser de ningún modo responsabilizado por su acción» (pp. 159 s.). Sosteniendo la crítica referida, entre otros, ROXIN/GRECO, AT, 5ª ed., 2020, p. 804, nm. 15/68; «Die „sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts“. –Versuch einer Bilanz–», *ZStW*, (93), 1981, p. 92, calificando la situación jurídica del provocador con arreglo a esta teoría de «aporía irresoluble», puesto que actúa tanto lícita como ilícitamente; comparte el argumento BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 26, si bien sostiene en este trabajo tanto la justificación como la impunidad del provocador; en términos similares se pronuncia SPENDEL, «§ 32. Notwehr», *LK-StGB*, 11ª ed., 2003, pp. 143 s., nm. 291, 294-296. Contra este argumento, FREUND expone que se basa en el desconocimiento de que ambos momentos –el de la provocación y el de la defensa frente a la agresión– constituyen objetos distintos del juicio de antijuridicidad. A su juicio, de ser correcto aquel argumento, tampoco podría admitirse la estructura de la autoría mediata con instrumento justificado. Cfr. FREUND, «Actio illicita in causa. Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?», *GA*, (5), 2006, pp. 268 s.

³¹ Sobre esta cuestión, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 157.

³² Crítico con esta solución, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 158. La autoría mediata no podría servir para desplazar la tipicidad y la antijuridicidad de una acción, sino para determinar los límites de la autoría en relación con un sujeto en concreto. También, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 468 s.

³³ La descripción de las referidas objeciones, con referencias, puede encontrarse en KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, pp. 49- 52.

³⁴ En este sentido, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984 p. 157. Similar, ALONSO ÁLAMO, «La acción «libera in causa», *ADPCP*, (42-1) 1989, pp. 74-79.

³⁵ Sin perjuicio de otras soluciones de cierta relevancia en la discusión. Por ejemplo, MARXEN propuso resolver estos casos recurriendo a la analogía con la estructura de la comisión por omisión por injerencia. Así, el provocador tendría un deber de garante respecto del provocado, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, 1979, pp. 58 s.

efectivamente, la acción defensiva³⁶. También HRUSCHKA, aunque en relación con el estado de necesidad³⁷, propuso castigar la provocación de la situación de necesidad –a propósito de un caso en el que el conductor de una ambulancia debe atender una emergencia pese a no poder conducir minimizando el riesgo a causa del previo consumo de alcohol– con la tipificación de un delito de peligro, que tendría la siguiente redacción: «Quien dolosa o imprudentemente genere o sea responsable de una situación tal que un interés reconocido legalmente se encuentre en peligro y solo pueda salvarse interfiriendo en el interés legalmente reconocido de otro, estando la interferencia justificada con arreglo al § 34 StGB... será castigado».

b. *La doctrina mayoritaria: entre la completa negación de un derecho de defensa y la Drei-Stufen-Theorie en caso de provocación intencional*

El sector doctrinal mayoritario –y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, como se ha descrito *supra*–, por el contrario, entiende que el provocador intencional no tiene derecho de defensa alguno–sin perjuicio de la aplicación de la eximente incompleta en nuestro país–³⁸. Respecto de la provocación imprudente, en cambio, hay acuerdo en que no debe eliminarse por completo el derecho de defensa del provocador, si bien debe verse reducido³⁹. Otro sector doctrinal de gran relevancia en la discusión propone mantener también el derecho de defensa en los casos de provocación intencional cuando no sea posible evitar la agresión sin correr un gran riesgo. De lo contrario, la negación del derecho a la legítima defensa constituiría una sanción al provocador, además de una «capitulación frente al injusto»⁴⁰. Como consecuencia de la provocación, sin embargo, el derecho de defensa del provocador se reduce⁴¹. En este último sentido, además, se ha pronunciado el BGH, dando lugar a la denominada *Drei-Stufen-Theorie*. El provocador agredido deberá, en primer lugar, intentar evitar la acción defensiva, huyendo

³⁶ KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, pp. 55-58. La redacción del referido tipo penal sería la siguiente: «Quien dolosa o imprudentemente genere una situación que lleve a otro a realizar una agresión en el sentido del § 32 StGB que solo pueda ser repelida con una acción defensiva... será castigado si la acción defensiva misma está justificada según el § 32 StGB» (p. 58). También propone como solución la introducción de un tipo penal que prevea el castigo de la provocación de la agresión RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 114.

³⁷ HRUSCHKA defiende mantener la justificación pese al castigo de la acción provocadora de la situación justificante solamente respecto de las que denomina causas de justificación *intrasistemáticas* (sobre este concepto y el de causa de justificación extrasistemática, véase HRUSCHKA, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Dreher*, 1977, pp. 189-210. También, resumiendo su posición, RENZIKOWSKI, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Hruschka*, 2005, pp. 643-668. Respecto de las extrasistemáticas, como la legítima defensa, la creación imputable de la situación justificante implica la inaplicación de la norma permisiva. Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 375 s.

³⁸ Ampliamente mayoritario en España, véase entre otros MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.; PÉREZ DEL VALLE, 5ª ed., 2021, p. 165; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª ed., 2015, p. 199; VIZUETA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 217; LACRUZ LÓPEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad», en GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 434; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, p. 827. En Alemania, también mayoritaria esta posición, aunque con destacadas líneas doctrinales en contra. Entre otros, la sostienen ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, pp. 802 ss, nm. 15/65 ss; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, p. 135, nm. 9/88; MAURACH/ZIPF, *AT*, 8ª ed., 1992, pp. 367 s.; nm. 26/41-45.

³⁹ Entre otros, refiriendo esta posición como mayoritaria, con referencias, ENGLÄNDER, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 460, nm. 52.

⁴⁰ PERRON/EISELE, «StGB § 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 57.

⁴¹ PERRON/EISELE, «StGB § 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 57; asimismo, ENGLÄNDER, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 460, nm. 51; MURMANN, *AT*, 7ª ed., 2022, p. 303, nm. 25/101 también, fundamentándolo, sin embargo, asignando una posición de garante por injerencia al provocador como co-competente por el peligro, LESCH, «Die Notwehr», *FS-Dahs*, 2005, p. 105.

(*Ausweichen*). De no conseguirlo, deberá llevar a cabo una defensa de protección (*Schutzwehr*). De ser, asimismo, insuficiente, podrá realizarse una acción de defensa agresiva (*Trutzwehr*) si se corre el riesgo de sufrir graves lesiones⁴².

La anulación o restricción del derecho a la legítima defensa han sido defendidos, principalmente, refiriendo el fundamento de este derecho –el provocador no puede contar como defensor del ordenamiento jurídico⁴³ ni necesita defenderse⁴⁴– y calificando la acción del provocador que pretendería defenderse del provocado como un *abuso del derecho* de defensa^{45/46}, sin perjuicio de otros argumentos vinculados a la ilegitimidad de la agresión del provocado o a la falta de voluntad o de necesidad de la defensa⁴⁷. Entre otros, la primera argumentación ha sido sostenida insistentemente por ROXIN. El derecho de defensa frente a agresiones ilegítimas estaría legitimado ético-socialmente por las dos ideas fundamentales que subyacen a aquél, el principio supraindividual de defensa o mantenimiento del Derecho y la autopreservación. De provocarse la agresión, ninguna de estas consideraciones serviría para otorgar un derecho de defensa. A su juicio, «quien provoque la agresión de otro con una conducta ilícita, se comporta, por obrar fuera de los límites legales, sin legitimación supraindividual y no puede, por ende, actuar como representante y guardián del ordenamiento jurídico frente al provocado». Además, aquel que «deliberada y probablemente se coloca en situación de defensa a fin de lesionar a otro, no

⁴² Describen esta teoría, entre otros, KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, p. 236, nm. 7/258; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 473 s.

⁴³ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 88; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 346; GROPP/SINN, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 5/178; recurriendo, también, al fundamento del derecho a la legítima defensa para descartarla en relación con el provocador, pero calificando de «demasiado marcada por representaciones valorativas morales», BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 172 ss.

⁴⁴ ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW*, (75), 1963, p. 567.

⁴⁵ ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, pp. 802 s., nm. 15/65 s.; GROPP/SINN, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 5/178; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La antijuridicidad», en MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *PG*, 6ª ed., 2022, p. 175, que refiere la provocación como «manipulación intencional». Este argumento, por lo demás, ha sido presentado en muchas ocasiones sin la subsiguiente traducción en los términos de la dogmática de la teoría del delito (muy crítico con la tendencia, en el marco de la discusión sobre las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, de dejar en un segundo plano la configuración dogmática de la solución, que está en realidad predeterminada, HASSEMER, «Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 230; en cambio, señalando que el caso de la provocación de la agresión no puede resolverse solamente con arreglo a un criterio dogmático, sino que se trata de una cuestión valorativa [*Wertungsfrage*] relativa al grado de responsabilidad de provocado y provocador, STRATENWERTH, *AT*, 4ª ed., 2000, p. 182, nm. 9/83). Como expone KIEFNER, el fundamento dogmático de la restricción de la legítima defensa en los casos de provocación ha sido concebido habitualmente como de segundo rango, irrelevante para la conclusión, bajo el lema «*daß nicht sein kann, was nicht sein darf*». Cfr. KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 9. Expone asimismo esta autora que, en realidad, este argumento ha sido habitualmente sostenido en conjunción con el anterior –no cabe defender el Derecho frente a una agresión provocada– o en términos muy similares a éste (pp. 41 s.). Dando cuenta de esto último, también, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 464 s.; asimismo, MARXEN, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 56, si bien se ha aducido también que tratándose el abuso de derecho de un «concepto general del Derecho» que constituye un límite inmanente de todo derecho, no requiere vinculación explícita con el Derecho positivo (p. 43). En contra de su aplicación en Derecho penal, entre otras cosas, por su indeterminación, MARXEN, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 57. Entiende, también, que por tratarse de un concepto general del Derecho tiene validez en cualquiera de sus ámbitos –aunque rechaza que la provocación implique un abuso del derecho de defensa–, BOCKELMANN, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *FS-Honig*, 1970, p. 28.

⁴⁶ Una descripción general de estos argumentos puede verse en RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 111-114.

⁴⁷ Véase, al respecto, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 166-170; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 458-462.

necesita para ese proceder la protección personal y respaldo del ordenamiento jurídico»⁴⁸. En cuanto al abuso de derecho, se trata de un concepto general del Derecho, que refiere un límite inmanente de todo derecho⁴⁹. En el marco de esta discusión ha sido definido como el «uso inadecuado de un derecho persiguiendo un fin jurídicamente desaprobado»⁵⁰ y se ha integrado en el grupo de las condiciones que hacen requerida o indicada (*geboten*) la acción de defensa, elemento respecto del que se han construido en Alemania las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa.

En mi opinión, ambos argumentos pueden ser convincentemente refutados. En lo que hace a la posición que ve un abuso de derecho en la defensa del provocador frente a la agresión provocada, se ha sostenido contra esta tesis, básicamente, que el concepto de abuso de derecho es demasiado indeterminado⁵¹ y que no cabe aplicarlo en relación con las causas de justificación^{52/53}. Como expuso KIEFNER, aquél resultaría aplicable en relación con los derechos subjetivos que consisten en un poder jurídico (*Rechtsmacht*). Esta clase de derechos reconocen un ámbito de libertad garantizada, que no debe emplearse para causar daños a terceros. El derecho a la legítima defensa, en cambio, si bien es también un derecho subjetivo, no consistiría en un poder jurídico que pueda utilizarse a discreción, puesto que –a decir de KIEFNER– «no se podría distinguir entre su existencia [*Bestehen*] y su ejercicio [*Ausübung*]»⁵⁴. El abuso de derecho presupondría la previa

⁴⁸ ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW*, (75), 1963, p. 567; de nuevo, aunque dando mayor protagonismo al argumento relativo a la falta de necesidad de defensa de quien provoca la agresión, EL MISMO, «Die „sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts“. –Versuch einer Bilanz–», *ZStW*, (93), 1981, p. 85

⁴⁹ ROXIN, *ZStW*, (75), 1963, p. 556.

⁵⁰ ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 317.

⁵¹ Destacando la indeterminación del art. 7.2 del Código civil, que define el abuso de derecho como el sobrepasar «manifiestamente los límites normales» del ejercicio de un derecho, a fin de descartar este argumento para sostener la inaplicación de la legítima defensa al provocador, CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 357 s.

⁵² Un resumen detallado de estas objeciones, si bien dividiendo la última en dos, ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 319-322.

⁵³ Sosteniendo esta última objeción, entre otros, MARXEN, *Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 57; BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 152; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 45; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, p. 605, nm. 226.

⁵⁴ KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 45; asimismo, ya antes NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlichen Zurechnung*, 1985, p. 160. Señalando, también, una diferencia básica entre el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber y el resto de las causas de justificación –si bien hace referencia a la aplicación de la estructura de la aiiic, aunque los argumentos empleados para la distinción son trasladables a la discusión sobre el abuso de derecho en estos casos–, ALONSO ÁLAMO, *ADPCP*, (42-1), 1989, p. 78. En mi opinión, entre los derechos subjetivos que resultan del proceso de especificación de los derechos fundamentales y derechos ordinarios en desarrollo de éstos –sobre esta cuestión, véase FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 763 s., 774-777, con referencias– y los que, en cambio, deben deducirse de las causas de justificación, hay una diferencia relevante en cuanto a su fundamentación. Respecto de los primeros, en la fundamentación tiene prioridad el derecho subjetivo asignado, por lo que su especificación se rige conforme a la adecuación de una conducta a la obtención del bien que se pretende realizar. En cuanto a los segundos, en cambio, en su fundamentación se otorga prioridad argumentativa a los deberes correlativos al derecho de defensa o necesidad. De este modo, la especificación del derecho gravita sobre el grado de exigibilidad en relación con los afectados por el hecho potencialmente justificado. Esto explica, por un lado, que solo respecto de estos últimos pueda establecerse como requisito de su ejercicio la estricta necesidad de realizar la acción justificada. Por el otro, que un requisito como el de la falta de provocación tampoco tenga sentido en relación con los primeros, sino solamente respecto de los segundos. El concepto de abuso de derecho, aunque como se ha dicho ya se entiende aquí erróneo, ciertamente solo puede relacionarse con los primeros, pero en realidad se trata de una falta de

existencia de éste y, ciertamente, se plantearía la alternativa de ejercerlo lícitamente o abusando de él, lo que no ocurre con la legítima defensa⁵⁵. A mi juicio, hablar de *abuso de derecho* es, en todo caso, incorrecto. En los supuestos así calificados se trata, en realidad, de la inexistencia de un derecho subjetivo⁵⁶, una vez especificada la pretensión –que no da lugar a posición jurídica alguna– de ejercer un derecho. No obstante, el argumento presentado puede igualmente aducirse desde este punto de vista. La provocación de la agresión no hace inadecuada la defensa, no la convierte en una pretensión desviada de ejercer una facultad, esto es, dirigida a un fin distinto al que fundamenta su reconocimiento legal. Esto lo evidencia el que las causas de justificación se rigen por el criterio de la necesidad, por lo que su ámbito de protección se define conforme a él y no de acuerdo con la adecuación de la acción a un determinado bien que quisiera perseguirse con su reconocimiento⁵⁷ –por lo demás, de ser así solo estaría permitida la acción de defensa idónea. Mientras la defensa resulte necesaria, no puede verse en ella una pretensión deshonesta que impida la justificación⁵⁸.

En cuanto al recurso a las ideas fundamentales que subyacen al derecho a la legítima defensa a fin de descartarlo en relación con el provocador, cabe objetar a esta tesis que el provocado realiza una agresión ilegítima frente a una provocación que no puede hacerse equivaler a aquélla. Como expone RENZIKOWSKI, «[e]l ordenamiento jurídico se protege por su propia voluntad a sí mismo admitiendo la legítima defensa», siendo las circunstancias personales del defensor irrelevantes a estos efectos⁵⁹. Puede añadirse, en la línea de lo que BOCKELMANN ha sostenido contra este argumento⁶⁰, que el Derecho no puede calificar ambas acciones como ilícitas, equiparando estos

adecuación de la acción en lo que hace a la consecución del bien perseguido con el reconocimiento del correspondiente derecho.

⁵⁵ KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 46. En el mismo sentido, ya HASSEMER, «Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 242.

⁵⁶ Lo expresó con gran claridad FINNIS: «“Abuso de derecho” es un concepto jurídicamente impropio. Si significa algo jurídicamente irrelevante es *ausencia* de derecho [...]. La introducción de la frase “abuso de derechos” es una señal de que el orador está desinflando encubiertamente una pretensión exagerada de ejercer un derecho». Cfr. Finnis, «Some Professional Fallacies About Rights», *Adel. L. Rev.*, (377), 1972, p. 387.

⁵⁷ No cabe objetar a este argumento que también con las causas de justificación se persigue la consecución de un bien porque, en ese caso, se estaría haciendo referencia a cosas distintas. El reconocimiento de derechos subjetivos derivados de la declaración de derechos fundamentales tiene como fin promover determinadas condiciones que se consideran óptimas para el desarrollo integral del ser humano, por lo que a través de aquél se promueve jurídicamente la consecución del bien subyacente. En ciertos supuestos, esto último requiere la interferencia fáctica en el ámbito de vida de terceros. El reconocimiento de los referidos derechos subjetivos implica otorgarles un ámbito de libertad garantizado jurídicamente, quedando fuera de éste las conductas que desvirtuarían la naturaleza del derecho en cuestión –por lo demás, la vinculación de esta posición con la teoría de los límites inmanentes de los derechos es clara–. El reconocimiento de derechos subjetivos derivados de las causas de justificación, en cambio, persigue la preservación de la integridad de bienes básicos para el desarrollo de la actividad humana. En su raíz, por lo tanto, se trata de la protección de derechos pasivos. Que estos se protejan a través del reconocimiento derechos subjetivos activos –las causas de justificación– y que los primeros –derivados de la declaración de derechos fundamentales– puedan ser objeto de protección reconociendo derechos subjetivos pasivos –por ejemplo, a través de la prohibición de impedir el ejercicio del derecho de manifestación es irrelevante, por cuanto se trata aquí de su fundamentación y el objeto de ésta.

⁵⁸ Destacando, contra quienes aducen el argumento del *abuso de derecho*, que la defensa del provocador resulta igualmente necesaria y que, por ende, el presunto abuso sería relativo únicamente a la conducta previa, no a la acción defensiva, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 244, n. 534 *in fine*. Que el abuso de derecho solo puede referirse a la acción previa de provocación y no a la acción defensiva, lo pone de manifiesto, también, BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 28.

⁵⁹ RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 112. En el mismo sentido, BERTEL, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *ZStW*, (84), 1972, p. 12.

⁶⁰ BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 29.

supuestos a los denominados como riña mutuamente aceptada. Ciertamente, cabe preguntarse si la provocación de la agresión puede concebirse como expresión de consentimiento respecto de un intercambio de golpes, de modo que, efectivamente, ambos contendientes se agredan mutuamente de forma ilegítima. Sin embargo, esto último depende de la concurrencia de los elementos necesarios para afirmar el consentimiento de las partes, esto es, del concepto de consentimiento y la adecuación del supuesto a su configuración⁶¹. No cabe, por ende, asimilar la provocación al acto de otorgar consentimiento, partiendo de que, quien provoca, tiene intención de que dé inicio un intercambio de golpes, sino que deben tratarse como conceptos excluyentes⁶². Por lo demás, lejos de constituir este supuesto un ejemplo de *ámbito de afectación regulada*⁶³, como lo es el ejercicio de actividades deportivas en el marco de las que está permitido afectar la integridad física de los participantes, se trata, en mi opinión, solamente de un supuesto fáctico particular que debe comprenderse como un caso más de agresión ilegítima, si bien por ambas partes. Puesto que a ambos agresores les es posible renunciar a la mutua agresión, no puede hablarse de necesidad de defensa alguna, por lo que no cabe que su conducta se ampare en el derecho a la legítima defensa.

c. *El examen de los modelos de solución a la luz de los casos de legítima defensa de terceros*

Algunos de los autores que niegan el derecho de defensa al provocador, sin embargo, sostienen a su vez que un tercero puede ejercer el derecho a la legítima defensa en su favor⁶⁴. A esta conclusión –que, por lo demás, se explicita sin mayor detalle habitualmente, si bien puede deducirse del fundamento de la legítima defensa mayoritariamente defendido– debe oponérsele la naturaleza accesoria del derecho de defensa de terceros, que ha sido insistentemente defendida en el desarrollo doctrinal de la institución de la legítima defensa⁶⁵. De acuerdo con este punto de vista, la limitación –o negación– del derecho de defensa del agredido se extiende al tercero defensor⁶⁶. Asumir la tesis de la accesoriedad implicaría que, de negarse la legítima defensa en caso de provocación, el provocador agredido no pueda ser defendido por un tercero, pero que el provocador sí pueda defender a un tercero agredido a causa de su provocación. Por lo demás, a esta tesis no cabe objetarle que, coherentemente, habría que negar también que los

⁶¹ Distinguiendo ambos casos, LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, (47-3), 1994, p. 63.

⁶² En este sentido, RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, 2017, p. 481.

⁶³ WEISSINGER emplea, para describir el mismo objeto, el concepto de espacio de competencia recíproca permitida. Cfr. WEISSINGER, *Content and Competence. A Descriptive Approach to the Concept of Rights*, 2019, pp. 133-160.

⁶⁴ Entre otros, CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 243: «de lo que se trata únicamente es de que no puede erigirse en defensor del ordenamiento jurídico el que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica»; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 315; VIZUETA FERNÁNDEZ, en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 217; LACRUZ LÓPEZ, en GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 440.

⁶⁵ Entre otros, véase KIOUPIS, *Notwehr und Einwilligung. Eine individualistische Begründung*, 1992, p. 86; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 296; ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 91; EL MISMO, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 454, nm. 35; KUHLEN, «La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros», *LH-Gimbernat*, 2008, pp. 1099-1119 (concretamente, sobre la legítima defensa de terceros en caso de provocación, pp. 1110-1115); ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, p. 830, nm. 15/116.

⁶⁶ En este sentido se pronuncian, entre otros, ENGLÄNDER, «Notwehr», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 53; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm. 259.

agentes de policía pudieran impedir la agresión del provocado⁶⁷, puesto que la acción de aquéllos está amparada por el cumplimiento de su deber policial y no por la legítima defensa de terceros⁶⁸.

MOLINA FERNÁNDEZ, a fin de eludir las indeseables consecuencias a las que conduce negar la defensa del provocador asumiéndose la tesis de la accesoriedad de la defensa de terceros, aboga por una «valoración independiente» de los dos momentos relevantes en estos supuestos, el de la provocación y el de la defensa, recurriendo a la estructura de la *actio illicita in causa*⁶⁹. Esta solución evita, a su juicio, los problemas que la tesis de la exclusión del derecho de defensa –es decir, que la provocación conlleva la inexistencia de un derecho de defensa y, por ende, también la punibilidad de la acción defensiva– tiene con la defensa de terceros. Cuando el provocador es agredido, pero no defensor, sino que es un tercero quien le defiende de la agresión del provocado, su tesis hace posible que la acción del tercero defensor sea lícita. El provocador, por su parte, «responde como autor mediato, a través de un instrumento justificado, de la lesión». Por otro lado, si el provocador es defensor de un tercero agredido por el provocado, la tesis de la exclusión del derecho de defensa –de nuevo, asumiéndose la tesis de la accesoriedad de la defensa de terceros– permitiría la acción del provocador, pero debería sostener su impunidad. Con la tesis de la *actio illicita in causa*, en cambio, se permitiría su acción defensiva, pero se le castigaría en «autoría mediata a través de uno mismo como instrumento justificado en *actio illicita in causa*». Por último, si el provocador no es ni agredido ni defensor, con la primera se dejaría impune la provocación. Con la tesis de la *actio illicita in causa*, por el contrario, podría castigarse al provocador, de nuevo, por «autoría mediata a través de un tercero justificado»⁷⁰.

Si la tesis de la accesoriedad es correcta, negar el derecho de defensa al provocador conduciría, por lo tanto, a conclusiones materialmente desacertadas. La tesis de la *actio illicita in causa*, por el contrario, manteniendo la posibilidad de reprochar penalmente al provocador su conducta, permite que el Derecho se imponga frente a quien, en todo caso, está realizando una agresión ilegítima. El problema de esta teoría, como se ha expuesto brevemente *supra*, es que quien la sostenga debe enfrentarse a múltiples objeciones de carácter dogmático de gran entidad. Sin perjuicio de que se lleve a cabo una amplia defensa de la teoría en ese sentido, cabe sugerir aquí que el problema principal de la doctrina mayoritaria está en la confusión de los planos de la determinación de posiciones jurídicas y de la determinación del merecimiento de pena de una conducta. En mi opinión, elementos integrados en la configuración de las causas de justificación como la ausencia de provocación previa y el elemento subjetivo –conocimiento de la situación justificante, si no ánimo de realizar la acción justificada– son elementos relativos al merecimiento de pena. No dan cuenta de si se produce o no un estado de cosas que el Derecho debe tener a preservar, sino que indicarían que una conducta debe recibir una sanción como respuesta. Que se exija su concurrencia para la justificación responde, a mi juicio, a una confusión de planos que trae causa del reconocimiento del paradigma del necesario paralelismo entre la fundamentación y la exclusión del injusto en una concepción de éste como injusto personal. Para el finalismo la tipicidad implicaba ya antinormatividad⁷¹ y, por ende, la

⁶⁷ Este argumento aduce MITSCH, «Nothilfe gegen provozierte Angriffe», GA, 1986, p. 534.

⁶⁸ Respondiendo en este sentido al argumento de MITSCH, RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», LK-StGB, 13ª ed., 2019, nm. 259.

⁶⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1730.

⁷⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1731.

⁷¹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 50; ARMIN KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», FS-Welzel, 1974, p. 395; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p.

justificación solamente impedía que de la infracción de la norma en abstracto derivara un deber dirigido, en concreto, al agente. Tipicidad y justificación se erigían en juicios independientes entre los que, sin embargo, debía darse una correspondencia⁷². Así, la justificación sería completa de concurrir valor de resultado y valor de acción. También la teoría de los elementos negativos del tipo partía, en realidad, de un primer juicio relativo al tipo positivo⁷³, que no permitía confirmar la relevancia jurídico-penal de la conducta si, tras él, se constataba la concurrencia de una causa de justificación –no se realizaba el tipo negativo–⁷⁴. A mi juicio, la primera tesis confunde los planos de la antijuridicidad objetiva –determinación de posiciones jurídicas– y el de la antinormatividad merecedora y necesitada de pena⁷⁵. La segunda, no puede integrar el primero de los referidos planos en su esquema, convirtiendo las causas de justificación en meras causas de exclusión del injusto penal, que no pueden dar cuenta de la existencia de deberes de tolerancia. Frente a ambas, pues, entiendo razonable proponer que, antes del juicio sobre la existencia o no de un *injusto penal* –entendiendo este como antinormatividad merecedora de pena– se realice un juicio de antijuridicidad objetiva con efectos distributivos⁷⁶, que se resolvería en sentido negativo de concurrir una causa de justificación. De dicho juicio se distinguiría el de injusto –del que sería presupuesto– evitando una vuelta a concepciones objetivas. Se produciría, en definitiva, un desplazamiento en la ubicación sistemática de las causas de justificación, mientras que el injusto penal podría descartarse de concurrir causas de exclusión del injusto penal⁷⁷ –o del merecimiento de pena–⁷⁸ que sí dependerían de la concurrencia del elemento subjetivo y otros elementos como la ausencia de provocación previa.

Lo antedicho permitiría desarrollar la tesis de la impunidad –o la consistente en introducir un tipo penal que castigue la provocación previa–, por cuanto podría argumentarse que el merecimiento de pena de una conducta presupone su antijuridicidad objetiva. Si no está permitido interferir en la acción defensiva, no puede declararse ésta merecedora de pena. No obstante, cabe asimismo insistir en la posibilidad de castigar al provocador manteniendo su derecho de defensa. Esta solución pasaría, también, por distinguir los planos de la determinación

81; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 267

⁷² GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 72.

⁷³ GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, p. 322, a quien le parecía un hecho que debía «llamar la atención el que los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo no puedan dejar de distinguir conceptualmente entre una parte positiva del tipo formada por los elementos que fundamentan lo injusto específico, y una parte negativa constituida por la ausencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación».

⁷⁴ Por todos, WEIGT, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechenaufbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 119.

⁷⁵ En mi opinión, debe distinguirse, como con tanta claridad han venido exponiendo SILVA SÁNCHEZ y ROBLES PLANAS, entre los planos de lo relativo a la (i)lícitud general y de lo relativo a lo teleológico-penal. La justificación forma parte del primero, la tipicidad penal del segundo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 60. Asimismo, ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105. A mi juicio, como se referirá brevemente, con *ilícitud general* no debe hacerse referencia –al menos, solamente– a los presupuestos de la concurrencia de cualquier injusto, penal o extrapenal, sino también a la determinación de posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia correlativos–.

⁷⁶ Similar al propuesto por Armin KAUFMANN o MOLINA FERNÁNDEZ. Sin embargo, creo que ambos intentos no son capaces de superar un obstáculo, a saber, que también la conducta justificada es, en lo que hace a la propuesta del primero, antinormativa –en el sentido del finalismo– y, en relación con la del segundo, lesiva, por lo que ambas conducen a asumir que cabe repeler justificadamente una acción justificada.

⁷⁷ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 257-260.

⁷⁸ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 46.

de posiciones jurídicas y de la determinación del merecimiento de pena de la conducta, pero prescindiría de una vinculación a modo de juicios sucesivos escalonados entre ambos. Esta alternativa puede construirse a partir de la posición de un sector doctrinal en relación con la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación. Como ha expuesto PAWLIK, las premisas valorativas relativas a ambos planos son distintas. Por ende, sería correcto castigar por tentativa a quien realiza una conducta que el afectado tiene deber de tolerar, lo que ocurriría, a su juicio, en los supuestos de desconocimiento de la situación justificante⁷⁹. En los supuestos de provocación de la situación justificante, podría argumentarse que la concurrencia de los elementos que dan lugar a un deber de tolerancia del afectado es perfectamente constatable, como también lo es cuando está ausente el elemento subjetivo, por cuanto éste y el de la falta de provocación previa son considerados en un plano distinto al resto de elementos, dependiente de unas premisas axiológicas que no guardan relación con la decisión acerca de lo que se tiene derecho a hacer o se tiene deber de tolerar. La ausencia de cualquiera de estos dos, no obstante, podrá dar lugar a la sanción penal por merecer pena la conducta que debe ser tolerada.

4. Conclusión

La discusión acerca de la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa por parte del provocador es ostensiblemente compleja. Una de las propuestas más intrincadas es la que recurre a la estructura de la *actio illicita in causa* para tratar de hacer compatible el ejercicio del referido derecho y el castigo del provocador por la provocación previa que da lugar a la situación justificante. El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, menciona expresamente la estructura de la *actio illicita in causa* para afirmar la concurrencia de provocación suficiente del provocador agredido. Sin embargo, no solo no se pronuncia sobre la cuestión nuclear en torno a aquélla –si se mantiene el derecho de defensa pese a imponérsele una pena por la acción provocadora previa–, sino que contradice manifiestamente la que debería ser su principal consecuencia. La posición del Tribunal Supremo, por lo tanto, –y como se hace patente con sus sucesivas referencias al concepto de abuso de derecho– consiste en negar completamente la defensa del provocador intencional agredido, mientras que reduce las facultades defensivas del provocador imprudente. Si bien, como ha tratado de mostrarse, no son pocas las objeciones a las que se ha sometido a la tesis de la *actio illicita in causa*, tampoco lo son las que se dirigen a la completa privación del derecho de defensa del provocador agredido, que suelen gravitar sobre consideraciones con una débil configuración dogmática o incorrectamente fundadas en conceptos generales del Derecho, como ocurre con la doctrina del abuso de derecho. Los supuestos de legítima defensa de terceros ayudan a dar cuenta de la relevancia de la discusión, dando fuerza a las tesis que tratan de distinguir, a mi juicio acertadamente, entre dos planos que vienen confundiendo en el marco de la teoría de la justificación, el de la determinación de posiciones jurídicas y el de la determinación de la antinormatividad merecedora de pena.

⁷⁹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 206 s. Asimismo, RINCK ha sostenido que también de conductas no justificadas pueden surgir deberes de tolerancia, entre ellas, la conducta solo objetivamente justificada por desconocimiento de la situación justificante. Cfr. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 189, 475. También STERNBERG-LIEBEN ha defendido que la existencia de “un derecho de intervención [*Eingriffsrecht*] –con el correspondiente deber de tolerancia [*Duldungspflicht*] del afectado– es también independiente de si el autor conoce la situación fáctica que lo origina”. Cfr. STERNBERG-LIEBEN, «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 10b, 13.