

LECCIÓN 17: EL ERROR.

ARTÍCULO 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.
 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.
 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.
- **Error de tipo:** Supuestos en los que el sujeto ignora o desconoce algún elemento del tipo. Ignora o desconoce uno o varios de los elementos que fundamentan la prohibición (parte objetiva del dolo), por definición, el error de tipo excluye el dolo. Excluye el tipo doloso.
 - **Error de prohibición:** el sujeto desconoce la prohibición misma, el carácter antijurídica del hecho. No afecta a la antijuridicidad, al tipo. Únicamente afecta a la culpabilidad (conocimiento de la ilicitud).

El error se regula en el art. 14 CP, Se regulan los supuestos de error de tipo:

1. Recae sobre un elemento constitutivo de la infracción.
2. Regula el error sobre elementos accidentales del tipo. Ejemplo *“sujeto destruye un jarrón chino, desconoce el valor histórico que conlleva la aplicación de un tipo especial”*.
3. Regula el error de prohibición. *“error sobre la ilicitud=prohibición=carácter antijurídico del hecho”*.

El error de tipo supone la ignorancia sobre la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo. Excluye el dolo siempre. (si es vencible persiste la imprudencia).

- **Error directo de tipo.** *Sujeto coge una arma y dispara sobre lo que cree que es un jabalí. Realmente era una persona y muere. Mata a otro, hay relación de causalidad e imputación objetiva (parte objetiva). Parte subjetiva dolo (conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo). El sujeto ignora la concurrencia de un presupuesto objetivo fundamental para el legislador. Incurrir el sujeto en error de tipo cuando mata a una persona al disparar a lo que cree un jabalí. El error de tipo excluye el dolo. El elemento concurre objetivamente pero el sujeto no lo ve.*
- **Error inverso de tipo.** No concurren todos los elementos del tipo, desde el punto de vista objetivo que fundamentan la prohibición. Pone en escena un elemento que realmente no se da. *Matar a una persona que cree va disfrazada de jabalí, pero es un jabalí.* El elemento no concurre pero el sujeto cree que sí. Sí tiene dolo. Caso de **tentativa inidónea**. Con los conocimientos que tenemos *ex post* nunca se podría llevar a cabo el resultado. Art. 62 CP le rebajamos la pena el peligro inherente es menor. Objetivamente no concurría. Conocimiento erróneo del sujeto. Omisión del deber de socorro *“peligro manifiesto y grave”*. Tentativa idónea. El resultado no se produce por causas ajenas al sujeto. Ambas son **punibles**.
- **Error vencible o superable.** La infracción será castigada como **imprudente**. Lo podría haber despejado.
- **Error invencible. Insuperable.** No habría podido despejar el error. No hay dolo ni imprudencia. **Caso fortuito** (no se puede exigir responsabilidad penal).

Si hay error no hay dolo. Si el **hombre medio ideal** hubiese llevado a cabo alguna diligencia adicional para despejar el error. Si llego a esa conclusión es objetivamente vencible o superable. Se castigará como **imprudente**. Le imputaría el resultado de muerte a título de imprudencia, no de dolo. No todos y cada uno de los delitos de la parte especial se castigan imprudentemente. Tienen que estar previstos, los no previstos castigan la modalidad dolosa (impunidad porque el hecho en la modalidad imprudente no está recogido).

Clases especiales de error de tipo.

- **Error sobre la causalidad.** *Sujeto actúa con intención de matar y para matar arroja a la víctima a un puente representándose que caerá y morirá. Se golpea contra un pilar del puente y muere, cae al puente muerta.* Desviación del curso causal (¿rompe o quiebra la imputación objetiva?) sí se puede imputar objetivamente, a efectos del dolo tendría que haberse representado la producción de la muerte, no se ve excluido.
- **Existe un error en el objeto material o en la persona.**
 1. Error de tipo sin cambio de calificación típica. *Sujeto quiere matar a X que vive en la calle Rosalía de Castro nº 22. Espera en el portal para matar a X cuando lo ve llegar dispara y mata pero no era X, era Z que guardaba gran parecido.* ¿excluiría el dolo? No, cuando el cambio de identidad no supone un cambio de calificación jurídica "matar a otro (X, Y o Z para el legislador el irrelevante, privar de la vida a otro, es lo único que el sujeto tiene que abarcar con su conocimiento y voluntad).
 2. Error de tipo con cambio de calificación típica. *Matar al Rey o embajador extranjero (persona internacionalmente protegida) cambia la calificación jurídica. Objetos protegidos por su valor histórico (Sujeto realiza dolosamente daños al objeto y al patrimonio histórico).* Sujeto cree y quiere matar a un embajador extranjero. Aquello sobre lo que proyecta su voluntad incurre tentativa inidónea del hecho más grave y delito consumado más grave del homicidio más grave.
- **Objeto alcanzado no es aquel sobre el que se dirigía la acción.** Por desviación del curso causal, hay un error en el golpe, no en la identidad. La solución en estos casos de error en el golpe suponiendo que sean dos personas indiferenciadas (relevancia penal), la valoración que merece el hecho es una **tentativa frustrada** (pretendida pero no alcanzada) y constituye un homicidio **imprudente consumado** aunque no pretendido (no había dolo respecto de la segunda). Hay dos vidas que resultan afectadas por la peligrosidad de la acción (tengo que abarcar todo el contenido de desvalor del hecho). Respecto a la primera en grado de tentativa porque no se produce el resultado.
- **Error de prohibición.** Error sobre la ilicitud del hecho o de la conducta. Afecta única y exclusivamente a la culpabilidad no al tipo. Actúa dolosamente.

Consecuencias del error de prohibición. El art. 14.3 "*sabe que es menor pero no que está prohibido, desconoce el carácter ilícito*". Error sobre la **ilicitud invencible subjetivamente excluye de responsabilidad penal** (no tenía razones para saber que era ilícito. Falta de culpabilidad). Error de prohibición **vencible** se castiga con una **pena inferior en uno o dos grados** si, para evitarlo, pudo haberse informado. No afecta o disminuye la antijuridicidad porque no excluye el dolo (dolo requiere concurriendo de los elementos objetivos del tipo pero no de la prohibición del mismo). *Iuris et de iuri*: Presunción jurídica que no admite prueba en contra *ex lege*.

Lección 18. LA IMPRUDENCIA. EL DELITO IMPRUDENTE.

El desvalor subjetivo es menor que el hecho doloso, en virtud del principio de proporcionalidad y responsabilidad subjetiva, la pena será menor.

Participación imprudente en un hecho imprudente: *Copiloto anima a realizar una maniobra arriesgada, instiga a que realice la maniobra peligrosa y éste animado por ese copiloto temerario lleva a cabo y se produce el acto lesivo.* La participación resulta impune, hace falta la comisión del hecho a título de autor y es necesaria la consumación completa del tipo (no se castiga la tentativa imprudente). Definición art. 16 CP, la tentativa por definición requiere dolo, ánimo de consumación.

Participación imprudente en un hecho principal doloso: Deja un arma en una clase, y un niño mata dolosamente a otro.

Imprudencia consciente: El sujeto se le presenta la eventual producción del resultado o del hecho y, a diferencia del dolo eventual, confía en la no producción de ese hecho, confía en poder realizar actividades de control para evitar la producción del resultado que pese a todo se produce. (No la acepta, si la acepta sería dolo eventual).

Imprudencia inconsciente: Supuestos en los que el sujeto da a lugar a la producción del hecho sin representarse siquiera su eventual producción, pero debería de haberlo previsto (y este es el desvalor subjetivo de la imprudencia inconsciente). Siendo esto objetivamente previsible.

El CP no distingue en función de si se realiza con imprudencia consciente o inconsciente, las clasificaciones de imprudencia en el CP no lo son por el elemento cognoscitivo, sino por la **gravedad de la imprudencia**. La clasificación de la imprudencia antes de la LO 1/2015 (obviarlo, no estudiar). Actualmente:

- **Imprudencia grave.**
- **Imprudencia menos grave.**

Generalmente el castigo por el hecho por imprudencia grave es mayor que cuando se incrimina específicamente la imprudencia menos grave, pero no siempre. Algunos tipos penales castiga imprudencia grave pero no menos grave. Fuera de estas clasificaciones, está en algunos tipos jurídicos una clasificación por cometer el hecho por imprudencia profesional (cualificación por imprudencia grave por cometerse en estos ámbitos profesionales), se establece la inhabilitación en ese oficio.

Son elementos valorativos, su gravedad se pondera en función de la gravedad de la infracción del deber objetivo de cuidado.

En el ámbito Civil, a los efectos de declarar la responsabilidad, el D°C habla de la **conurrencia de culpas (compensación)**. En D°P no hay tal compensación de culpas, sino que valorar si la imprudencia del actor principal ha sido grave o menos grave o leve o levisima, con independencia de la víctima. Es posible que la concurrencia de un tercero determina que la conducta no sea objetivamente imputable a la conducta inicial (supuestos teoría yuxtapuesta o accesorio: producción muerte que no se habría producido individualmente). Lo que puede ocurrir en estos supuestos es que el resultado no sea objetivamente imputable, o que la imprudencia pase de ser grave a menos grave. Falla la imputación objetiva cuando *vas conduciendo y un niño sale de un contenedor y se mete bajo las ruedas del coche, cosa que hubiese pasado yendo con la diligencia debida.*

Lección 19. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y COMBINACIONES DE DOLO E IMPRUDENCIA. PRETERINTENCIONALIDAD. DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO.

Ideas fundamentales: contenido principio responsabilidad subjetiva como principio limitador del *ius puniendi* (no hay pena sin dolo o imprudencia). Por eso no existe en D°P una pura responsabilidad objetiva por el resultado. Básicamente en esta lección cuando se habla de las combinaciones.

- En sentido estricto de **dolo/imprudencia**: una sola acción realiza dos tipos delictivos, por ejemplo casos de error en la persona o objeto, o en los supuestos de *aberratio ictus* (se dirige el ataque a un objetivo y acaba alcanzando a una persona que no se pretendía, esto sería un intento dolo y frustrado que ha quedado en grado de tentativa y un homicidio imprudente, en este caso la calificación correcta es apreciar un concurso de delitos, es una acción que realiza dos tipos delictivos, un homicidio doloso en grado de tentativa en concurso con un delito imprudente consumado).
- **Principio responsabilidad subjetiva**. Esa teoría de *versari in re illicita*, partía de la base de que si el sujeto realizaba una conducta inicial ilícita respondía de todos los resultados que se produjesen en el curso de esa actividad ilícita inicial. Eso hoy no es así, cualquier responsabilidad con un resultado tiene que estar cubierto por el principio de responsabilidad subjetiva y aun cuando se produzca un desvalor del resultado solo se podrá exigir responsabilidad si éste es imputable a título de imprudencia, al menos.
- **Delitos cualificados por el resultado**. El sujeto respondía por la producción del resultado aun cuando no puedan ser imputados por dolo o imprudencia. Ese resultado adicional o especialmente grave no es un mero delito cualificado por la producción objetiva del resultado (si a consecuencia de se producirse...). Tiene que estar cubierto a título de imprudencia.
- **Supuestos combinación dolo/imprudencia en los casos de preterintencionalidad** (con una intención dolosa inicial se produce un resultado que va más allá de la intención inicial). *Una actitud dolosa realizada con el ánimo de lesionar golpea a la víctima y acaba produciendo la muerte*. En esos casos habrá que apreciar un concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas y ese resultado de muerte a título de imprudencia, siempre y cuando fuese previsible *ex ante* que con ese golpe se pudiese dar lugar a la muerte. El castigo por el delito imprudente no absorbe el total desvalor de la conducta, en concreto el del dolo inicial. Si el resultado es fortuito (solo con el dolo inicial).

El hecho de que no concurra relación entre causalidad e imputación no significa impunidad. El sujeto puede responder por tentativa, por desvalor de acción.

Tema 20. PARTE NEGATIVA DEL TIPO: I. CAUSAS DE ATIPICIDAD O DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD.

Tradicionalmente se habla de causas de atipicidad que excluyen cualquier afectación al bien jurídico (parte objetiva) por lo que coinciden con las causas de justificación.

Causas de atipicidad: Hay una afectación del bien jurídico referido en el tipo sin embargo no es lo suficientemente importante como para tener relevancia penal (causas de atipicidad penal).

Causas de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal.

Aquellas circunstancias que, aunque no justifican la conducta (no la hacen permitida jurídicamente a todos los efectos) sí que excluyen la tipicidad penal. Formalmente encaja esta conducta en el tipo estricto, afecta de una manera jurídica no irrelevante al bien jurídico, pero no de una manera suficientemente grave como para que sea penalmente relevante (**principio última ratio**).

Interesa sobre todo el aspecto material, al no cumplirse la parte negativa del tipo la conducta no es típicamente antijurídica no hay lugar a imposición de pena o medida de seguridad. Las causas de atipicidad penal no excluyen otra posible responsabilidad extrapenal. Si la conducta del sujeto principal ya es atípica, la de terceros no se puede castigar a título de participación porque no están favoreciendo un injusto típico.

A efectos de error, esto será un **error de tipo** (sobre un elemento del tipo). Las consecuencias del error de tipo son las previstas en el art. 14.1. (14.3. regula el error de prohibición). De entrada el error de tipo (desconocimiento o ignorancia de un elemento del tipo) lo que no hay es dolo (conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo). El error de tipo siempre excluye el dolo, pero si ese error era objetivamente vencible o superable por el hombre medio será imprudente. No todas las infracciones de la parte especial del CP prevén el castigo imprudente (nuestro CP sigue un sistema *numerus clausus* de delitos imprudentes, solo se castigan como tal los que expresamente se digan).

Adecuación social no justificante: Se requiere para distinguirla de otros casos de adecuación social donde coincide con jurídica y sería causa de justificación y no solo de atipicidad. La que sería verdaderamente causa de atipicidad sería la de adecuación social no justificante.

Consentimiento no justificante, pero penalmente relevante: El consentimiento del menor de que pasen amigos a casa sabiendo que sus padres no dejan (atipicidad).

Inexigibilidad penal general: No se quiere puede o conviene exigir a alguien en determinadas circunstancias que se abstenga de cometer el hecho. (exigencia sin riesgo propio o ajeno).

Capítulo 21. PARTE NEGATIVA DEL TIPO: II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Son circunstancias eximentes, que eximen de responsabilidad criminal porque excluyen la antijuridicidad, el carácter ilícito, el carácter prohibido de la conducta. Son aquellas que justifican, permiten, legitiman, determinadas actuaciones a pesar de que en principio parecían encajar en el tipo estricto o tipo positivo. **Teoría del fin:** teorías de buscar una justificación (no relevante), habrá que examinar en cada caso.

Causas de justificación del resultado: El bien jurídico que se lesiona en el ejercicio de estas causas deja de estar protegido en el caso concreto, el ordenamiento jurídico ampararía incluso el resultado (deja de ser un resultado disvalioso y se convierte en un resultado no solo permitido, sino valorado positivamente, así es en las lesiones causadas en legítima defensa). La lesión que se cause al agresor ilegítimo dentro de la legítima defensa es un resultado de estar jurídicamente permitido incluso positivamente valorado. A veces incluso exigido por el Derecho (policía que detiene al ladrón *in fraganti*).

Causa de justificación solo de la acción: Supuestos en los que el ordenamiento jurídico habilita a llevar a cabo una conducta en principio típica, permite la acción, pero el resultado que se causa con esa acción justificada sigue siendo indeseado por el Derecho o no valorado jurídicamente de manera positiva. Puede ocurrir en casos que falta el desvalor subjetivo de la acción, por ejemplo caso fortuito (no hay dolo ni imprudencia) eso no quiere decir que el ordenamiento valore positivamente el resultado de muerte o lesión; o en los resultados de error invencible de tipo (dispara en lo que cree que es un oso y todo el mundo lo creería, error objetivamente invencible, no hay desvalor subjetivo, si acaba siendo una persona el ordenamiento no valora positivamente el resultado).

Causa de justificación del estado de necesidad: El supuesto de partida es que hay una situación de crisis de dos bienes jurídicos que están en peligro y es imposible salvar ambos, no es posible salvar uno sin lesionar el otro por la propia situación de conflicto que se da (*un niño de corta edad está en la puerta del garaje y veo que se está cerrando; tengo que causar daños en el mecanismo para evitar lesiones*). En este supuesto la acción está justificada, está permitido lesionar el bien para salvar el preponderante, esto no quiere decir que resulte jurídicamente deseado. Estas causas justifican la acción pero el resultado sigue siendo disvalioso.

Consecuencias causas justificación.

Si permiten una conducta que indiciariamente estaba prohibida eximen de toda responsabilidad penal, no se pueden imponer penas ni medidas de seguridad al sujeto que actúa amparado por una causa de justificación. Ya no se cumple la parte negativa del tipo, la conducta no es típica, no cabe seguir analizando los demás elementos. Si es verdadera causa de justificación convierte a la conducta permitida conforme al ordenamiento jurídico (no hay responsabilidad penal ni de ningún otro tipo).

¿Las causas de justificación requieren un elemento subjetivo esencial?

Legítima defensa, ¿es necesario que actúe con ánimo de defenderse? ¿y si actúa con ánimo de vengarse? Un sector minoritario entiende que es esencial que concurra ese ánimo de defensa, cumplir el deber, etc. Otro sector entiende que de modo general no hay que exigir un ánimo de defensa específico, es verdad que si hay alguno que en el CP parece requerir un elemento subjetivo esencial pero en la legítima defensa dice “el que obre en defensa”, por lo tanto si se da la situación objetiva de agresión ilegítima y la actuación es en defensa no se requiere ningún otro elemento subjetivo distinto del mero conocimiento de la situación objetiva de justificación.

Se requiere el conocimiento de la situación justificante. Que el sujeto sepa que está reaccionando frente a una agresión ilegítima, porque si el sujeto desconoce la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación y pese a todo actúa y lesiona está actuando con dolo (realiza una conducta que sabe que lesiona y desconoce que concurre una causa de justificación). Ej: *el sujeto dispara desconociendo que éste se acercaba a él con animo de clavar un cuchillo*. Ahí hay una actuación dolosa, por lo menos una tentativa. El sujeto ignora o desconoce la parte negativa del tipo, la existencia de causas de justificación. Cuando desconoce la situación comete tentativa inidónea.

Tiro una piedra a una ventana para romperla y salvo la vida del viejo. Estado de necesidad: que el sujeto conozca que concurre esa situación además del presupuesto objetivo, cuando concurre y el sujeto no lo ve ocurre un error de tipo, aquí es un error inverso (tentativa de daños, pero tentativa inidónea porque al darse el presupuesto objetivo la acción en sí estaba amparada por la causa de justificación).

CAPÍTULO 22. LEGÍTIMA DEFENSA.

I. Regulación, fundamento y naturaleza.

Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal.

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- *Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*
- *Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*
- *Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*

El delito es la acción típica, antijurídica y culpable. Acción típicamente antijurídica y culpable.

El **art. 20 CP** recoge las circunstancias **eximentes con carácter general**. Pero cuidado, dentro de estas circunstancias hay algunas que son causas de justificación (justifican la conducta, eliminan la parte negativa del tipo, la antijuridicidad) pero hay otras que no excluyen la antijuridicidad, sino únicamente la culpabilidad (eximen de responsabilidad criminal en el sentido de que existe la posibilidad de imponer una pena porque son causas de exclusión de la culpabilidad). No le impondremos una pena, sin embargo sí podremos una medida de seguridad (art. 95 CP) en nuestro sistema las medidas de seguridad exigen la previa comisión del hecho delictivo (post-delictivas) y no basta con mirar hacia el hecho del pasado sino que es necesario hacer un pronóstico de peligrosidad futura.

En el art. 20 el legislador no distingue entre causas de justificación y de exclusión de culpabilidad.

20.1. El hecho sigue siendo ilícito, esta eximente no es causa de justificación porque las causas de justificación hacen que la conducta esté amparada por el derecho, permitida. Es una mera causa de exclusión de la culpabilidad.

20.2. excluye culpabilidad.

20.3. excluye la culpabilidad.

20.6. excluye culpabilidad.

La 4º la 5º y la 7º únicamente son **causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, ejercer legítimamente un derecho**.

Ha habido intento de un fundamento común en todas las causas de justificación (situación inicial de conflicto de intereses y el Derecho se decanta por defender el preponderante) parece preferible determinar en cada causa de justificación cual es el fundamento.

Doble fundamento legítima defensa: individual/supraindividual y de ese fundamento deriva la interpretación de los restantes requisitos.

- **Individual:** necesidad de defensa del bien jurídico personal ilegítimamente agredido
- **Supraindividual:** necesidad de defensa, de afirmación y de prevalecimiento del propio Derecho frente a la agresión ilegítima.

Cuando se ejerce cumple también la función de intimidación o prevención general de afirmación del Derecho, del ordenamiento jurídico y no únicamente de protección de bienes individuales. Es causa de justificación no solo de la acción sino también del resultado, dado que cuando se ejerce genera un resultado que no es jurídicamente disvalioso (valorado positivamente). No hay desvalor del resultado aun cuando naturalísticamente pueden verse agredidos los bienes jurídicos del agresor.

La legítima defensa generalmente es un derecho que el ciudadano puede ejercer o no que el ordenamiento pone en manos de cualquier ciudadano para reaccionar frente a la agresión ilegítima. Salvo en determinados casos de ataques a bienes esenciales de terceros en los que sí existe un deber específico de intervención, y quien no lo haga puede incurrir en un delito de omisión pura (art. 450 CP) se castiga un no hacer que consiste en impedir la comisión de un delito contra la vida o integridad o salud, homicidio, etc.

Requisitos para que concurra esta causa de justificación.

II. Agresión Ilegítima.

1. Que haya una **agresión ilegítima** para que se puede aplicar el art. 20.4 como causa de justificación de la responsabilidad criminal. Si no concurre agresión ilegítima no cabe justificar la conducta pero tampoco aplicar la eximente incompleta (art. 21 recoge como atenuantes las eximentes cuando son incompletas, cuando falta algún requisito para que esté totalmente justificada; referido a la legítima defensa ¿en qué casos la legítima defensa puede ser incompleta y dar lugar a un atenuante? en los casos que falte algún requisito, pero no puede faltar el primero, la agresión ilegítima).

Esto va a tener consecuencias penológicas importantes. En el art. **68 CP** dice que “en los casos de eximente incompleta los jueces y tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley”. Esto supone una minoración de la pena importante y una atenuación por la circunstancia del 21.1 CP mucho mayor que los efectos que tienen las restantes atenuantes genéricas de los siguientes apartados del art. 21. **Las eximentes incompletas tienen un apartado específico en la rebaja de la pena el 68 CP.**

Para que se de como eximente incompleta debe darse como mínimo la agresión ilegítima. ¿Qué hay que atender por agresión? Conducta humana activa u omisiva (generalmente activa) dependiente de la voluntad. Esto quiere decir que frente a una fuente de peligro que no es una conducta humana no cabe reaccionar en legítima defensa porque ya falta una acción (no es agresión ilegítima los supuestos de falta de acción, *una persona se desmaya y en la caída golpea una persona a la que lesiona*, frente a ello no cabe reaccionar en legítima defensa porque no hay acción pero frente a esta fuente de peligro el sujeto no tiene que permanecer impasible, sí cabe reaccionar para retener o impedir esa fuente de peligro pero no a través de la causa de justificación del a legítima defensa sino a través de otra que es el **estado de necesidad**; o el ataque de un animal). En el estado de necesidad los términos son más estrictos. Los supuestos de omisión deben ser impropia o comisión por omisión (que sea equiparable a la causación activa).

2. **Puesta en peligro actual e inminente** de algún bien jurídico sin haberlo lesionado todavía o habiéndolo ya lesionado pero amenazando con continuar la lesión.
3. **Conducta dolosa**: Que frente a las conductas imprudentes de puesta en peligro no cabe reaccionar en legítima defensa (los hechos imprudentes no constituyen agresión). Agresión viene de *agresio* (por definición imprudencia no. La intimidación general que se ejerce solo tiene sentido frente a conductas dolosas no frente a conductas imprudentes, en el caso de una conducta imprudente que amenaza con causar una lesión lo procedente sería avisar al agente y si éste, pese a todo, continúa con la actividad peligrosa podríamos decir que alomejor hay un dolo eventual.
4. **Contraria a normas jurídicas**: La conducta amparada por causa de justificación ya no es agresión ilegítima. Frente a la legítima defensa no cabe legítima defensa.

La ley no quiere que además de ilegítima y antijurídica la agresión sea culpable. Las conducta de sujetos in-imputables siguen siendo agresión ilegítima porque son antijurídicas (Frente al ataque de un sujeto en un brote psicótico si cabe reaccionar en legítima defensa). Frente a los sujetos

inculpables la función de intimidación general (una persona que no es capaz de comportarse con arreglo a la norma por sus circunstancias) pierde bastante peso, así que de *lege ferenda* autores pretenden que no debería ser imputable legítima defensa.

Dudas en los supuestos de riña mutuamente aceptada. La opinión mayoritaria en la jurisprudencia establece que no es aplicable la legítima defensa, que en los casos de contendientes que aceptan el duelo o la riña ya no cabe apreciar legítima defensa en relación a ninguno de ellos. Esto es muy discutible, por eso otro sector y puntualmente la jurisprudencia empieza a decir que hay que distinguirse algunos casos porque si se trata de dos ataques simultáneos mutuos y ninguno de ellos está condicionado por la agresión anterior, sino que son paralelas, aquí ciertamente y si los dos aceptan el duelo o riña ahí no cabe legítima defensa porque ninguno de los dos es agresión propiamente. Pero habrá otros supuestos en los que en lugar de ser dos ataques simultáneos uno de los contendientes se mantiene a la defensiva a la espera de como reacciona el otro y el otro ataca. El primer ataque sí es una acción ilegítima aun cuando no concurre la falta de provocación suficiente por parte del sujeto que responde, repeliendo el primer ataque después de haberse mantenido a la defensiva (incompleta). Hay casos que habiendo atacado mutuamente alguno cesa la lucha y manifiesta su deseo de apartarse, desde ese momento ya no hay esa voluntad de aceptar la riña, recupera plenamente la protección del ordenamiento jurídico y cabe apreciar legítima defensa.

No basta con cualquier tipo de antijuridicidad general, sino que tiene que ser típica, penalmente relevante. **La agresión ilegítima tiene que ser constitutiva de delito.** En la morada se restringen que no todas las conductas delictivas sean agresión ilegítima. El art. 202 CP castiga con delito de allanamiento de morada el que *“el particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”* tanto la entrada indebida como la permanencia indebida del sujeto que entró sin consentimiento y se niega a abandonarlo en contra de la voluntad del morador. Si embargo, a efectos de considerar agresión ilegítima el artículo 20.4 CP considera que solo constituye agresión ilegítima la entrada indebida pero no la permanencia indebida. En los restantes ataques la relevancia tiene que ser por lo menos jurídico penal. Art. 234 CP (atentados al patrimonio leves: *le roba una naranja a su vecino inválido y éste le pega un tiro como único medio de legítima defensa*). El ordenamiento jurídico no debería permitir respuestas tan desproporcionadas para agresiones ilegítimas tan leves (se debería de restringir). La solución que propone Luzón es que hay que apreciar que quien sustrae una manzana realmente en ese hecho aún cuando formalmente encaje en el tipo estricto indiciario de delito leve habría que apreciar causa de atipicidad penal (principio de insignificancia, injusto-bagatela).

Actualidad de la agresión y de la defensa.

Frente a una agresión futura no habría agresión actual, no cabe legítima defensa. La agresión actual es aquella desde el momento en que se crea o mantiene un peligro que hace preciso e inaplazable actuar para proteger un bien ilegítimamente atacado o puesto en peligro, porque si se demora hay riesgo de que la defensa posterior sea inútil para impedir o repeler. Frente a una agresión futura que no ha comenzado o ya ha cesado ya no cabe reacción a la legítima defensa (falta requisito esencial de agresión actual o presente no cabe legítima defensa frente eximente completa o incompleta).

III. La defensa.

Se deduce implícitamente de la propia reacción del 20.4 CP cuando dice “el que obre en defensa”. **Obrar en defensa es un requisito esencial**, y si no se obra en defensa no cabe apreciar la eximente ni completa ni incompleta. ¿Cuándo se da esta situación de defensa? Cuando hay necesidad de hacer algo para impedir o repeler la agresión. Existe posibilidad de defensa aunque se den soluciones alternativas (terceros, huir). El sujeto aun pudiendo huir puede reaccionar en legítima defensa de manera justificada.

¿Qué hay que entender por defensa? Impedir o repeler esa agresión ilegítima mediante conducta que pueden ser atípicas, contra conductas en principio son típicas. Generalmente la defensa puede ser una conducta violenta pero no necesariamente (conductas omisivas propias o impropias: no evitar o impedir un peligro que se ciñe sobre el agresor y va a impedir que cese la agresión ilegítima, sería una defensa idónea y oportuna).

Esto viene del fundamento supraindividual. En el caso de la legítima defensa lo que ocurre es que por la agresión ilegítima los bienes del agresor pierden la protección del ordenamiento jurídico en todo aquello necesario para proteger el bien. Los bienes del agresor y agredido no están en pie de igualdad. Porque solo esto es lo que se justifica jurídicamente, la defensa tiene que ser idónea para garantizar los bienes jurídicos frente al agresor.

Habrán determinadas conductas inidóneas para proteger un bien jurídico (agresión sexual).

Objeto de la defensa: Lesión de bienes personales del agresor, solo éste pierde la protección jurídica en todo aquello que sea necesario para garantizar la protección del bien. Si es necesario lesionar bienes de terceros esa lesión no está amparada por legítima defensa sino en su caso por estado de necesidad. (*Un desvalido es golpeado y para defenderlo necesito romper la alambrada de la finca del vecino y coger una estaca para reaccionar*, los daños al agresor están cubiertos por legítima defensa, los de la propiedad no, estarán amparados por otra causa de justificación que será el estado de necesidad).

Quien ejerce la legítima defensa ha de ser un particular. Las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando reaccionan frente a puestas en peligro hay que hacerlo en los márgenes más estrictos del ejercicio de su profesión en atención de que las fuerzas y cuerpos están en posición de mayores garantías y tienen mayores medios como portar armas, la ponderación del uso de armas y violencia hay que reconducirla a términos más estrictos que las causas de legítima defensa del 20.4 CP.

Parte subjetiva de la defensa: Algunos autores exigen un elemento subjetivo específico como el ánimo de defensa, pero con carácter general eso no es exigible, en legítima defensa tal y como lo dice “obrar en defensa”, defendiéndose, obrar ante una situación objetiva (defendiéndose o defendiendo a un tercero, se permite la legítima defensa propia o ajena). Obrar en defensa quiere decir obrar frente a una agresión ilegítima que el sujeto conoce pero no tiene que tener un ánimo o móvil específico defensivo (si mi vecino que me cae mal, se da objetivamente la situación y se reacciona para impedir o repeler con independencia del móvil la conducta está justificada por el ordenamiento con independencia de cual sea el móvil). Puede ocurrir que se exceda en el medio defensivo, causando males más allá de los que eran necesarios para garantizar el bien, faltaría uno de los requisitos para eximir completamente (medio adecuado para impedir o repeler) habría que aplicar legítima defensa con eximente incompleta.

Si ignora o desconoce que concurre el presupuesto de causas de justificación cometería tentativa inidónea dolosa del correspondiente delito (*Sujeto con ánimo de matar se encuentra con su primo y con ánimo de lesionarle le clava un cuchillo desconocido que el primo venía con una pistola que estaba a punto de disparar*). Existía desde el punto de vista objetivo situación de legítima, pero su conducta no está amparada porque falta conocimiento de la situación. Sujeto que obra en defensa desconociendo la situación de defensa comete tentativa inidónea de lesiones o homicidio (inidónea porque con lo que sabemos *ex post*, ese intento de lesionar nunca habría podido conseguir la producción de un resultado disvalioso que es el que prohíbe el delito de lesiones porque ese resultado es legítimamente amparado por legítima defensa).

También puede ser que haya una **defensa imprudente o por imprudencia**. Si la lesión producida por imprudencia no es excesiva (*manejando una maquinaria con falta de cuidado rompe el cristal de una casa desconociendo que dentro se hallaba una persona a punto de morir asfixiada*). Los daños imprudentes que causa en la propiedad, si hay desconocimiento de la situación, en todo

caso el hecho va a ser impune tratándose de defensa imprudente si el medio era necesario para garantizar la vida. El resultado está jurídicamente amparado, a diferencia de los supuestos dolosos, en el hecho imprudente no puedo castigar por tentativa imprudente. En el hecho imprudente solo se castigan las imprudencias consumadas.

Para que concurra la causa de justificación de legítima defensa como eximente completa se requiere la **necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla**. Ese medio necesario para impedir o repeler una agresión en el ejemplo de la sustracción de la culpa si no tiene otro medio ese es el necesario desde el punto de vista racional (será necesario cuando de entre todos los posibles y eficaces para garantizar el bien el sujeto escoge el menos lesivo de entre todos los que sean seguros y suficientes para defender la agresión, depende de las circunstancias del caso concreto). Esto no quiere decir que tenga que ser el menos lesivo posible para el agresor, la ley habla de necesidad racional del medio para impedir o repeler la agresión, no exige una proporcionalidad estricta (si viene con un palo no tengo que coger un palo, no es la necesidad racional de meros instrumentos, sino de medios o formas de ataque y de defensa). Aun aunque pueda ser más lesivo que el usado por el agresor siempre y cuando a raíz de las circunstancias garantiza repeler o impedir el ataque del agresor.

La legítima defensa, a diferencia del estado de necesidad, no exige proporcionalidad estricta de males, no hace falta que sea una proporcionalidad directa, cerrada; por el propio fundamento de la legítima defensa está amparado la acusación al agresor de males incluso mayores que aquellos que él amenaza con causar del agresor siempre que sean necesarios. Si son desproporcionadamente mayores probablemente ese medio no sea necesario y no se cumpla el requisito. **(No exige proporcionalidad estricta pero garantiza lo necesario)**.

CAPÍTULO 23. ESTADO DE NECESIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO.

Según el art. 20.5 CP, *está exento de responsabilidad criminal: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

- *Primero: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*
- *Segundo: que la situación de necesidad no haya sido buscada intencionadamente por el sujeto.*
- *Tercero: que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*

Situación inicial de conflicto de bienes jurídicos que plantea la necesidad de salvar o protegerlos pero para salvarlos hay que lesionar otros que no son fuentes de una agresión ilegítima. En la situación de partida de la causa de justificación del estado de necesidad a diferencia de la legítima defensa lo que ocurre es que ambos bienes jurídicos en principio son dignos de protección jurídica. De entrada el ordenamiento jurídico ampara o protege a los dos bienes jurídicos y no se decanta por ninguno de ellos, a diferencia de la legítima defensa y porque la situación inicial parte de que la posición en peligro de los bienes jurídicos parten de una agresión ilegítima el ordenamiento jurídico desprotege los bienes del agresor en todo aquello que sea necesario para garantizar la protección del bien ilegítimamente lesionado.

Dada esa situación de conflicto el ordenamiento jurídico no quiere que nadie se abstenga de actuar, no quiere motivar a que se abstenga de actuar bajo amenaza de pena, justifica dentro de unos requisitos que son la proporcionalidad de los males, la casación del mal menor siempre que sea posible o incluso de un mal igual para salvar un bien preponderante o un bien igual cuando haya igualdad de males.

La regulación legal se recoge en el art. 20.5 CP. Cabe tanto el estado de necesidad propio como el ajeno (auxilio necesario: para evitar un mal propio o ajeno). Y también en la medida en que el 20.5 dice “lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, también tiene cabida la situación de colisión de deberes jurídicos, el incumplimiento de un deber jurídico para cumplir el deber jurídico preponderante.

Otra diferenciación en el estado de necesidad es la distinción entre el **estado de necesidad normal (agresivo)** que supone la legitimación en la injerencia en bienes de terceros inocentes (no han generado la situación de conflicto) y frente a ese se distingue del llamado **estado de necesidad defensivo** (aquél en el que se reacciona contra un bien que es la fuente de peligro, se produce una injerencia defensiva en los bienes que constituyen la fuente de peligro pero que no constituyen agresión ilegítima porque sino estaríamos en el ámbito de la legítima defensa). Por lo tanto se distingue entre si el bien afectado es completamente ajeno a la situación de conflicto o si se trata de un bien que constituye la fuente de peligro sin ser agresión ilegítima.

En cuanto a la **naturaleza del estado de necesidad y a su ubicación sistemática**, la teoría mayoritaria suele distinguir entre un estado de necesidad **justificante** y uno meramente **disculpante**. Es decir, sostiene que en ocasiones el estado de necesidad es una causa de justificación pero en otras solo se puede contemplar como mera causa de exculpación de la culpabilidad pero no de justificación. Lo que se sostiene es que el estado de necesidad será causa de justificación, de que la conducta esté jurídicamente permitida, en aquellos casos en que la situación de partida entre bienes desiguales (cuando se causa un mal menor para salvar uno mayor) pero en aquellos casos en que el conflicto es entre bienes o intereses iguales la lesión de uno de ellos meramente será causa de exculpación o exclusión de la culpabilidad en la medida que no se le puede exigir otra conducta. Parece que es más correcto entender que el estado de necesidad es **siempre causa de justificación** porque cuando vamos a ver en el CP la regulación

penal dice que “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”, por lo tanto el estado de necesidad sí que permite la acusación de un mal igual que aquél que amenaza con producirse en otro bien jurídico, y no solo de mal menor.

Si en el art. 118.1.3. CP (regula responsabilidad civil derivada del delito) se dice que la responsabilidad civil en su caso será para la persona en cuyo favor se haya precavido el mal pero nunca para el agente, el sujeto no responde civilmente de los daños causados, responderá el beneficiado por la situación del estado de necesidad. No genera responsabilidad civil en el sujeto que actúa amparado en el estado de necesidad.

El estado de necesidad es una **causa de justificación de la acción**, no del resultado, porque ese resultado jurídicamente sigue siendo un mal. En la legítima defensa cumple una función de intimidación y de restablecimiento del derecho y por lo tanto ese resultado lesivo en los bienes del agresor es deseado legítimamente, por lo tanto es una causa de justificación de la acción y del resultado. Ahí entran en juego los criterios de la ponderación de intereses y la exigibilidad jurídica general.

Requisitos para el estado de necesidad.

Requisitos esenciales:

- La situación de necesidad por la amenaza de un mal.
- La acción salvadora: la necesidad de sacrificar determinados intereses.

Situación de necesidad.

Necesario: Si hay otra alternativa viable y segura no hay que recurrir a lesionar uno de ellos. Proporcionalidad estricta que no se causa un mal mayor que aquella que amenazara con causarse.

¿Existencia de un peligro que amenace con causar un mal? Tiene que existir la amenaza de causación de un mal en sentido jurídico no naturalístico. Peligro es probabilidad de lesión de un bien jurídico, esto significa que no necesita ser inminente, pero sin dada las circunstancias que sea ya necesaria la intervención. Por otro lado ese peligro tiene que ser real desde el punto de vista objetivo. Que afecte a cualquier clases de bienes.

En cuanto al mal, tiene que amenazar con causarse un mal en sentido jurídico primero de carácter objetivo, porque estamos ante una causa de justificación y no de exculpación, no se trata de que el mal que amenaza con causarse se a un mal meramente subjetivo percibido por el sujeto, eso a lo sumo excluiría la culpabilidad del sujeto por no poder actuar de otro modo, pero para que haya causa de justificación el mal debe de ser objetivo y jurídico (desvalor jurídico) y no habrá tal amenaza cuando se trata de algo indiferente o incluso amparo por un derecho o por otra causa de justificación del resultado.

Sujeto afectado por enfermedad grave necesita transfusión sanguínea y es mayor y puede decidir, tiene derecho a arriesgarse o asumir el riesgo de que se produzca una muerte por causas naturales por no ser transfundidas la sangre. En este caso esa muerte ejerciendo el derecho a la autodeterminación no es un mal en sentido jurídico y no nos sirve como punto de partida.

Huelguistas de hambre que amenazan con causarse lesiones por el mantenimiento de la huelga de hambre. No está legitimada la coacción para evitar daños en la salud, porque en la medida en que el ordenamiento jurídico no valora negativamente las autolesiones (hecho impune) el sujeto puede negarse a recibir alimento o tratamiento. Cuestión distinta es cuando ha entrado en una fase de degradación tal de su salud que continuar amenaza con producir la muerte. Esa ya no es una muerte natural, el sujeto ha introducido un factor causal, el TC dijo en aquel STC que nadie tiene derecho al suicidio.

Sin embargo *inducir o cooperar a que otro voluntariamente se quite la vida* está penalmente sancionado en el art. 143 CP. En nuestro derecho no hay un derecho a matarse en cuanto a tal, porque si así fuera cualquier ciudadano podría reclamar el auxilio del Estado para ejercer ese derecho.

Forma parte también del requisito de la situación de necesidad que se de la situación de conflicto y que no haya posibilidades alternativas (**carácter subsidiario**), que implique tener que lesionar (no existe otra alternativa más que acudir a lesionar el bien jurídico sacrificado para salvar otro igual o preponderante).

Acción salvadora.

En cuanto a la acción salvadora, los bienes que se pueden proteger pueden ser propios o ajenos. Se pueden lesionar bienes de otras personas o bienes de la comunidad.

En el estado de necesidad del CP español la situación de colisión de deberes puede ser el presupuesto de partida para apreciar la causa de justificación, esos supuestos de colisión de deberes son los que el sujeto para cumplir un deber jurídico no tiene más remedio que incumplir otro.

Se va a dar el estado de necesidad cuando hay un conflicto entre dos deberes de actuación positiva. Ej: *El sujeto se encuentra en una situación en que tiene el mismo deber jurídico de salvar un bien y otro bien pero no puede cumplir ambos*, está legitimado al incumplimiento de uno de ellos para cumplir el otro. Ej: *Un incendio un bombero se encuentra una persona y un animal, bien el deber jurídico de salvarlos pero si no hay tiempo*, está justificado el estado de necesidad el no salvar un animal para salvar el bien preponderante que es la vida de la persona. *Si un médico ante una catástrofe se encuentra con dos heridos igualmente graves y solo puede atender a uno* hay una situación de colisión de deberes, tan importante es una como otra, el estado de necesidad permite el incumplimiento de cualquiera de los porque siendo exactamente iguales los deberes el estado de necesidad español llega hasta el punto de amparar la situación de males iguales. Cabe apreciar el estado de necesidad tanto en aquellos casos donde el deber lesionado es menos importante que el defendido pero también acabe el estado de necesidad como causa de justificación cuando se trate de bienes equivalentes (el ordenamiento se muestra indiferente ante el sacrificio de cualquiera de las vías que de entrada merecen el mismo grado de protección jurídica)

Ejemplo **supuesto de colisión**: *absténgase de clavar un cuchillo // actuación positiva deber de ayudar. ¿Qué es más importante? La actuación positiva (si fuese el de abstenerse, llegaríamos a conclusiones irracionales: el bombero que ante una situación de peligro se encuentra a un niño de pocos meses en la habitación y tiene el deber de salvarlo pero también de no lesionarlo. Puede coger al bebe y arrojarlo con la esperanza de que caiga en la lona a riesgo de que caiga fuera y muera // abstenerse de llevar a cabo esta conducta peligrosa y muera pasto de las llamas.*

Necesidad del concreto medio salvador.

Requisito inesencial. Si hubiese alguna otra alternativa posible habría que salvar sin lesionar ninguno de los bienes jurídicos ajenos.

En la legítima defensa si hay posibilidad de huir o esquivar no significa necesariamente que el sujeto tenga que huir, está legitimado para actuar. Si el medio concreto elegido es innecesario se aplicará el estado de necesidad como eximente incompleta por innecesidad del medio empleado, podrá ser doloso o imprudente, pero no concurren todos los requisitos, la conducta no está plenamente justificada.

Proporcionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad de los males cuando veíamos legítima defensa veíamos que no requiere proporcionalidad estricta de mal, se puede causar al agresor daños mayores que aquellos que aquél amenazaba con causar siempre y cuando sean necesarios para que la defensa sea efectiva. Sin embargo, en el estado de necesidad normal sí, esta proporcionalidad entre los intereses en conflicto también es un requisito inesencial, si se causa un mal mayor desde una situación de necesidad de partida cabría apreciar un exceso en el estado de necesidad (estado de necesidad como eximente incompleta).

¿Como se establece la proporcionalidad? ¿Como hago la ponderación? Previa aceptación o no por el peligro.

¿Derribar avión en el aire antes de estrellarse en las Torres Gemelas? criterio de ponderación cuantitativo muy discutido. La vida del ser humano es un bien absoluto en sí mismo. Buzón justifica el derribo del avión o la actuación que sacrifique unas vidas para salvar más.

Nunca el menoscabo de la dignidad del ser humano puede estar justificado pro el estado de necesidad (tortura sujeto terrorista que sabe donde se encuentra un rehén al que van a matar si sería justificado el empleo de la tortura para obtener la información, se entiende que nunca estarás justificado la tortura por ese límite). en esos casos se podría negar la situación de necesidad de partida o de idoneidad de actuación para salvar el bien vida, el empleo de la tortura no garantiza la idoneidad para salvar la vida del rehén, a lo sumo a que de una info.

El último de los requisitos par que se puede apreciar el estado de necesidad como causa de justificación completa es que la situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto (“*actio licita in causa*”).

Si la situación de necesidad ha sido creada pro el sujeto lógicamente ahí no hay una exención de responsabilidad porque podríamos recurrir a la construcción paralela a la “*actio libere in causa*” denominada “*actio licita in causa*”. El estado de necesidad es una causa de justificación de la acción, no del resultado, por lo que este sujeto pese a todo puede responder por los resultados causados dolosa o imprudentemente de la situación de necesidad.

Estado de necesidad defensivo.

En el art. 20 dentro de las causas de justificación está la 5ª “el que obre en estado de necesidad...” el primero de los requisitos a diferencia de la legítima defensa exige una proporcionalidad estricta de males (en la legítima defensa el agresor ilegítimo pierde la protección del ordenamiento jurídico y a través de ella se pueden entender justificados la acusación de daños incluso mayores; la legítima defensa exige tan solo necesidad racional).

El ordenamiento jurídico quiere proteger ambos bienes jurídicos pero tiene que dar una solución de conflicto cuando es imposible salvar ambos, y esa solución es que no se cause un mal mayor (permite la casación de males mayores o iguales pero con proporcionalidad).

Esa es la situación del estado de necesidad agresivo, hay que atacar o lesionar bienes de un tercero que en principio no ha causado esa situación, es totalmente inocente respecto a la creación de la situación de necesidad.

Cada vez más se impone en la doctrina admitir como causa de justificación por analogía el llamado **estado de necesidad defensivo**, no agresivo, sería una causa de justificación suprallegal por analogía respecto de las otras dos cuando sin que haya una agresión ilegítima sin embargo los bienes jurídicos frente a los que se reacciona ante la situación de necesidad o de conflicto son aquellos bienes jurídicos de los que procede precisamente la fuente de peligro. Sería aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el

necesitado intervenga defensivamente frente a un tercero de donde proviene la fuente de peligro y que sin embargo no es una agresión ilegítima.

Por ejemplo: *Un taxista conduciendo de manera imprudente amenaza con lesionar gravemente a un peatón y en ese momento el peatón dispara contra las ruedas del vehículo y acaba causado lesiones mayores.* (Frente a una actuación imprudente no cabe legítima defensa). Cuando hay una fuente de peligro que no es agresión ilegítima la reacción puede venir del estado de necesidad, pero en el estado de necesidad normal se exige proporcionalidad estricta en la proporcionalidad de males y en casos como este que se reacciona frente a la fuente de peligro la doctrina afirma que cabe un estado de necesidad suprallegal permitiendo que se relaje la proporcionalidad, que en estos casos sí esté jurídicamente amparado causar un mal ligeramente superior cuando se reacciona frente a la fuente de peligro, porque en definitiva quien genera la fuente de peligro que no es una agresión ilegítima pero sí imprudente (taxista) tendría un deber de tolerancia algo mayor que aquella persona que ve lesionados sus bienes para solucionar una situación de conflicto pero siendo completamente ajeno a la situación de peligro. El deber de tolerancia en el estado de necesidad defensivo, la injerencia justificable en los bienes de esa persona sería más amplia en la medida en que crece el deber jurídico de tolerancia impuesta al sujeto de cuya esfera nace el peligro.

El deber de tolerancia del tercero por el estado de necesidad será qué estrictamente proporcional y necesario, pero en el ejemplo del taxista parece que el deber de tolerancia de la lesión de sus bienes debe de ser algo mayor que si no tuviese relación con la situación de peligro.

Se permitiría causar males algo mayores que aquellos que amenaza con causar la situación de necesidad siempre y cuando esté relacionado con la fuente de peligro.

¿Basta con vinculación fáctica o es necesario que sea responsabilidad o cuasi-responsabilidad? Cuando se reaccione con una fuente de peligro que tenga alguna responsabilidad jurídica. Autores dicen que no vale con mera vinculación fáctica de la fuente de peligro, no es lo mismo el ejemplo del taxista que un sujeto que sufre un infarto (por la mera vinculación fáctica y causal y azarosa con la creación del peligro por parte del sujeto que va al volante ahí no tienen que ensancharse sus deberes de tolerancia). En los casos en que el sujeto es fuente de peligro de una manera azarosa no cabría estado de necesidad defensivo.

Lección 24. CASO FORTUITO. RIESGO PERMITIDO. INEXIGIBILIDAD JURÍDICA GENERAL.

En las causas de justificación hemos empezado por las que están en el art. 20 “están exentas de responsabilidad criminal”: causas de justificación y causas de exclusión de culpabilidad (fuera del tipo, no justifican la conducta, la disculpan). Solo son causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, y el ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo. Junto a estas tres, expresamente mencionadas en el art. 20, hay otras causas de justificación admitidas que no tienen una regulación expresa en el art. 20 pero que, o bien se deducen de los principios generales del Derecho Penal, o el CP decide no regular el consentimiento con carácter general en el art. 20 como causa de justificación (esto tiene su sentido, el consentimiento puede operar respecto a distintos bienes jurídicos y con objetivos muy distintos, el campo de actuación es tan plural que no se deja regular a través de una eximente única y tan clara como la legítima defensa; eso no quiere decir que en la parte especial el legislador no lo tenga en cuenta).

El caso fortuito como causa de justificación o de atipicidad (no quiere que entremos demasiado en los detalles), que es ni más ni menos ¿? que la producción incidental de un acto lesivo tipificado justifica la conducta?¿?, cuando hay caso fortuito no hay dolo ni imprudencia. Principio responsabilidad subjetiva: no hay pena sin dolo ni imprudencia.

Si no se cumple la parte negativa del tipo la conducta no es típica (atípica) ya sea porque concurra causa de justificación o de atipicidad.

Las lecciones 24 y 25 en el manual no se corresponden exactamente con los capítulos y tienen un tratamiento de una extensión desmesurada. Como las presentaciones son extensas, sería suficiente que se entienda lo que figura en las presentaciones (acudir al manual para entender lo que reflejan).

Caso fortuito.

La realización puramente accidental de la parte objetiva de un tipo o de un resultado, no hay ni dolo ni imprudencia en la realización de esa parte objetiva del tipo. Por lo tanto, no es necesario que el art. 20 lo diga para admitir el caso fortuito como causa de justificación porque es suficiente con el art. 5 (consagra principio responsabilidad subjetiva: no hay pena sin dolo ni imprudencia) por lo que si falta esa parte subjetiva del tipo lo que hay es una producción meramente incidental.

Supuestos de caso fortuito que determina que la conducta no sea ilícita conforme al ordenamiento jurídico:

- Hechos objetivamente imprevisibles: Si el hecho o la producción del resultado es ex ante objetivamente desde la perspectiva del hombre medio ideal era imprevisible y se produce era meramente fortuita. Ej: durante una operación quirúrgica se produce la muerte del paciente por una anomalía que no era detectable.
- Hechos objetivamente inevitables: Hechos que objetivamente sean hasta cierto punto previsibles pero dadas las circunstancias concretas objetivamente inevitables. Ejemplo: muerte víctima por atropello cuando ha salido arrojándose a las ruedas de un vehículo tras un contenedor mientras el sujeto circulaba normalmente. Era objetivamente inevitable atropellarlo, no hubo tiempo de frenar.
- Riesgo permitido: Uno puede comportarse confiando de que los demás interviniere en el tráfico lo harán respetando también las normas. Cuando se realiza una conducta aún peligrosa, que comporta un determinado riesgo, pero se lleva a cabo dentro de las medidas de control o con medidas de diligencia o cuidado que rigen esa actividad.
- Supuestos de error objetivamente invencible, insuperable: Casos en los que concurre un error de tipo objetivamente invencible. Ej: La enfermera no tiene por qué sospechar que otro sanitario

ha introducido una sustancia venenosa en la medicina que inyecta al paciente (si hay algo que la hace sospechar ya no sería fortuito, podría haber imprudencia).

Estos serían los ejemplos de caso fortuito que excluye toda la antijuridicidad, por lo tanto como causa de justificación. Se puede profundizar en algunos casos: caso fortuito en los que subsiste alguna ilicitud extrapenal.

Dentro de los supuestos de error objetivamente invencible ese ejemplo de la enfermera es un error que recae sobre un elemento del tipo, no olvidemos que también son supuestos de error de tipo que puede ser objetivamente invencible aquellos en los que el sujeto incurre en un error sobre la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación (ej: el sujeto cree estar ante una agresión ilegítima y actuar en leg. defensa frente a un aparente intento de robo que tenía toda la pinta de serlo pero resulta que es una broma). En este ejemplo error sobre la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación de legítima defensa.

Riesgo permitido.

Acciones que entrañan un cierto peligro de lesión para bienes jurídicos, pero en nuestro ordenamiento se permite llevar a cabo adoptando determinadas medidas de control. Siempre que esas actividades que asumimos como peligrosas se lleven a cabo dentro de las medidas de precaución y control que las regulan, cuando eso es así el riesgo permitido excluye toda la antijuridicidad de la acción bien porque excluye el tipo indiciario o causa de justificación. En todo caso, el sujeto actúa sin dolo o imprudencia. Ejemplo: Administración desleal.

Consentimiento.

Opera en delitos particulares como causa de atipicidad o justificación. Con carácter general podemos decir que, en principio, sería irrelevante, no opera como causa de justificación en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, pero sí puede tener eficacia en los particulares, pero no en todos. El consentimiento del titular del peine jurídico no tiene eficacia en delitos como el homicidio. No opera como causa de justificación en la casación de la propia muerte, y no operará cuando uno le pide a un tercero que le mate, que dispare contra él. Tampoco en las lesiones, aunque las autolesiones son impunes, el art. 155 del CP donde regula los delitos de lesiones dice que el consentimiento del lesionado supondrá la pena inferior en uno o dos grados, pero esto no justifica la conducta.

Clases de consentimiento.

- Consentimiento real: El que presta el sujeto pasivo en el momento de la intervención del tercero o antes, y generalmente es un consentimiento expreso pero a veces puede haber supuestos de consentimiento tácito, deducible de las circunstancias. A veces el CP exige el expreso.
- Consentimiento presunto: Aquél que el afectado no puede prestar efectivamente por su situación, pero jurídicamente se presume que prestaría consentimiento si estuviera en condiciones de hacerlo.

Para que el consentimiento sea jurídicamente válido (opere como causa de justificación):

- Tener la plena titularidad del bien jurídico.

En ocasiones el mero consentimiento fáctico del sujeto que no tiene plena titularidad opera como eximente penal, ejemplo: En el art. 202 dentro de los delitos de intimidad se castiga el delito de allanamiento de morada, el consentimiento del morador en el acceso por parte de un tercero justifica la conducta (supuesto de como se trata de un bien jurídico individual disponible yo dejo entrar en casa a quien quiero, el consentimiento justifica la entrada). El problema es cuando son varios (Silva Sánchez defensor infanta: el consentimiento válido a efectos de justificar la conducta de allanamiento de morada en supuestos de padres e hijos menores es el de los padres,

cometería delito los sujetos que accedan a acudir a una fiesta en casa de menores cuando existe la negativa de éstos). Todos y cada uno de los moradores verían afectada la intimidad domiciliaria cuando los padres permiten el acceso a otras personas. Solución alternativa a la del profesor Silva: a efectos del 202, del delito de allanamiento de morada, bastará el consentimiento para excluir la relevancia penal de esa conducta, con un consentimiento que no sea jurídicamente plenamente válido.

- Plena capacidad de comprensión y de decisión.
- Es preciso además que ese consentimiento esté ausente de vicios, que no se haya obtenido mediante error o engaño. Ej: una persona consiente que le administren una inyección curativa pero le engañan al no decirle los efectos secundarios. Quien realiza esa conducta está en principio tipo indiciario delito lesiones, hay un error respecto del consentimiento obtenido para llevar a cabo la intervención.
- Debe ser manifestado de forma expresa o tácita ese consentimiento, en determinados casos se exige que se exprese por escrito.
- Requisitos en cuanto al momento de su prestación.

Ejemplo: En relación con el aborto. Hasta 2010 por indicaciones, a partir de ahí se estableció un sistema de plazos de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Reforma consentimiento padres para aborto (16 años), al que se le tiene que sumar el de la menor. Art. 144 “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento” ¿Qué consentimiento? ¿Qué pasa si produce el aborto con el consentimiento de la mujer pero sin el de los padres? En este caso más grave se refiere al consentimiento de la mujer. Pero hay casos en los que aún con el consentimiento, pero fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145) aquí se estaba pensando en que se practica un aborto con consentimiento fuera de los plazos legalmente habilitados, en ese caso la mujer que consintiere también responde penalmente.

No hay solución, ¿cuál consentimiento es justificante a efectos del delito de aborto? La profesora intuye que hay que entender ese “con su consentimiento” referido al de la mujer gestante incluida al de las menores, por más que haga falta el de sus padres, y le parecería un despropósito que cuando el 145 dice “sin su consentimiento y fuera de los casos previstos legalmente” se incluya el consentimiento cumulativo de los padres, porque si eso es así da lugar a que la mujer está cometiendo un delito de aborto cuando la lógica de tipificación el aborto consentido o no consentido está en el atentado en la libertad de la persona gestante.

Autorización oficial.

Ejemplo: Juez Garzón condenado penalmente por un delito de prevaricación, porque actuando como instructor dictó un auto en el que autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas de tres presos preventivos (Francisco Correa) que mantuviesen con sus abogados. La motivación del auto era que los abogados no actuasen en el ejercicio del derecho de defensa, sino como colaboradores de la trama haciendo colaboraciones con el exterior. ¿Los policías que intervinieron estaban amparados en la causa de justificación de autorización oficial del auto? La propia policía cuando recibe esta orden de intervención pide una aclaración porque dice que intervenga en las comunicaciones previniendo el derecho de defensa, precisando Garzón que debían proceder a escuchar las cintas y transcribirlas excluyendo las conversaciones sin interés. Este primer auto podría ser legítimo, pero entre tanto esos presos cambiaron sus defensas letradas y cuando expiró el tiempo pro el que se habían acordado el juez prorrogó la intervención sabiendo que habían cambiado los abogados y sin motivar si había o no indicios racionales de criminalidad respecto a estos segundos.

Los agentes de la policía estarían cometiendo una conducta que encaja en el art. 536 CP. Si la resolución era injusta al final quienes interceptan las comunicaciones son los policías, y esto encaja en el tipo. Ahora bien, cumpliendo las órdenes del juez estaría amparada o bien por autorización judicial o por la propia del art. 27 “ejercicio legítimo de profesión, oficio o cargo”. Si no la cumpliesen, podrían estar incurriendo a su vez en responsabilidad penal por delito de desobediencia o incumplimiento de los deberes del cargo.

Así se justifica conductas que en principio realizan el tipo positivo.

Ejemplo: Intervención Guardias Civiles frontera Melilla cuando una serie de inmigrantes intentaban acceder a nado y la Guardia Civil disparó bolas de goma (situación de desamparo y riesgo, alguno de ellos murieron). Se abrieron diligencias por delitos de homicidio y prevaricación por quien habladado la orden, finalmente ha habido un auto de sobreseimiento y activo. ¿Cometen realmente delito de homicidio? ¿Su conducta como pretendió mantener el gobierno desde un principio estaba amparada por el deber de proteger las fronteras españolas o por una autorización oficial? Debemos ponderar la autorización oficial (si la actuación entraba en el ejercicio legítimo del cargo o se excedía de las órdenes). Las que no son manifiestamente injustas el sujeto está obligado a cumplirlas si el comisario así lo dice.

LECCIÓN 25. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

(En el manual se desarrolla de manera muy extensa, seleccionar ene función de la presentacion lo que estudiaremos en el manual).

Dentro de estas está la exigente del art. 20.7CP **Ejercicio legítimo de un derecho, profesión oficio o cargo.** *“Están exentos de responsabilidad criminal: El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.*

Íntimamente relacionada con el cumplimiento del deber y ambas tienen cabida en ese artículo porque el ejercicio de determinadas profesiones y sobretodo cargos del Estado constituyen a la vez el cumplimiento del deber (el hecho de que un policía proceda a la detención de un delincuente no solo es un ejercicio legítimo sino además un deber de la profesión). La obediencia debida (el CP no hace referencia a ella como causa de justificación de las conductas, lo que se analiza es en qué términos o con qué márgenes la obediencia de órdenes de un superior jerárquico puede actuar como causa de justificación en determinados casos y de tal manera quedaría encuadrada dentro del ejercicio legítimo de la profesión o cargo).

En el campo de actuación del 20.7 CP en la medida a que remite a todo el ordenamiento jurídico es muy amplio, el aludir a que está justificada la actuación que se lleva a cabo en el ejercicio legítimo del derecho siendo tantas las fuentes hace que habrá que estar a las normas específicas de cada ámbito que otorgan facultades de actuación y el campo será muy grande. Algunos autores dicen que remitirse al resto del ordenamiento sería innecesario porque ya en atención a la unidad del ordenamiento si una conducta es en un caso concreto como deber de actuación es evidente que no puede ser antijurídico, ni mucho menos penalmente antijurídico.

En cuanto a la naturaleza y fundamento de esta causa de justificación se sostiene que suponen no solo la autorización de conductas, sino en algunos casos imposición obligatoria. (Hay un sector que en todas las causas de justificación el ordenamiento hace ponderación de intereses, habrá que buscar el fundamento concreto en cada causa de justificación, en legítima defensa es un fundamento individual de necesidad de protección del bien agredido y uno supraindividual de protección del derecho). En este caso su fundamento radica en la ponderación de intereses (preservación del interés preponderante y a veces solo equivalente). Generalmente excluyen el desvalor tanto de la acción como del resultado, solo en unos casos el ejercicio legítimo del derecho justifica la acción pero no el resultado.

- **Ejercicio Legítimo de un Derecho.** (1º modalidad de causas de justificación del art. 20.7 CP).

Hay ejercicios que suponen una afectación de bienes jurídicos que puede encajar en determinadas conductas en principio delictivas, este ejercicio legítimo da cobertura jurídica autorizando a realizar ese comportamiento que en principio está descrito en un tipo penal. Para que la conducta esté justificada el ejercicio del derecho ha de ser legítimo (derecho jurídicamente reconocido y su ejercicio legítimo dentro de los límites jurídicamente permitidos). Esto no es irrelevante porque el propio CP en el art. 455 CP castiga como delito la realización arbitraria del propio derecho, es decir, el acudir a vías del hecho para realizar un derecho propio (aunque exista derecho reconocido tiene sus límites de actuación y en ocasiones hay que instar vías legales y no puede el sujeto ejercer vías de hecho para imponer con dolo o intimidación). Art. 289 CP: derecho de propiedad, dominio sobre la cosa, acotado en función del valor social del objeto, limitaciones derecho del propietario en atención a ese valor cultural del bien de modo que en ese caso las facultades dominicales son un derecho limitado por el art. 289 CP.

Cuando hay un ejercicio legítimo de un derecho (cuando estamos fuera será exceso extensivo no cabe causa de justificación como eximente completa ni incompleta) pero no respetando sus límites o rebasándolos podría apreciarse una eximente incompleta por exceso intensivo (eximente incompleta). En la legítima defensa cuando se da la agresión ilegítima pero no proporcionalidad (eximente incompleta); si la actuación ya ha cesado falta el requisito esencial y no cabe apreciar como completa ni incompleta

El campo de aplicación será muy amplio porque las normas que reconocen derechos de los ciudadanos están en todas las del derecho jurídico.

¿Es necesario algún elemento subjetivo? Generalmente el ejercicio del derecho no requiere un ánimo específico de actuar en el ejercicio del derecho salvo algunas excepciones que incluso pueden ser discutibles. En el derecho privado rige el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos, ahí sí que haría falta ese elemento subjetivo específico para que el ejercicio del derecho sea legítimo. Otros ánimos como en el llamado derecho de corrección de padres o tutores respecto a hijos o pupilos la realización de conductas como lesiones y detenciones para que haya derecho de corrección de menores entienden que este solo sería ejercicio legítimo cuando hay *animus educandi*.

Hay algunos derechos en los que la ley admite su ejercicio con tal de que concurra una creencia razonable objetivamente fundable *ex ante*. Básicamente el derecho de libertad de información consagrando constitucionalmente el cual permite la difusión de informaciones veraces, esa veracidad de la información que se difunde basta con que sea objetivamente fundada *ex ante*, aun cuando *ex post* pudiera revelarse que realmente no era exactamente coincidente con la realidad. Pero es suficiente para este derecho una creencia en la veracidad de la información, basta que no sea temerariamente infundada. El margen de actuación del ejercicio legítimo del derecho del libertad de información se basaría en esto. En el derecho de detención del titular dice que el titular puede detener fundados de que ..., también el ejercicio de la actividad médica basada en un diagnóstico fundada *ex ante* en la *lex artis* y no de manera temeraria o prescindiendo de ella (podríamos estar en el ámbito del ejercicio legítimo de la profesión médica).

Derechos concretos. Se plantean los de la libertad de expresión y libertad de información. En la CE el art. 20 CE reconoce tanto la libertad de expresión como de información en apartados diferentes. Son Derechos Fundamentales estrechamente unidos aunque conceptualmente diferentes (libertad de opinión valorativo y info descriptivo). En el artículo 20.4 CE dice estas libertades tiene su límite "derechos reconocidos y especialmente derecho al honor intimidad propia imagen, etc). No se trata de límites absolutos, entre la libertad y estos límites lo que hay es límites recíprocos (ponderación). Lo que dice el TC es que no está amparado un derecho al insulto gratuito. El TC ha dicho que se pueden permitir expresiones ofensivas e injuriosas siempre y cuando sean necesarias para manifestar la opinión (no las prescindibles). En el caso de la libertad de información basta veracidad *ex ante* y que en tanto en cuanto sea veraz *ex ante* ha habido una diligencia que hace creer que esa información es legítima se permite determinadas actuaciones que afecten al honor o intimidad. TC: las informaciones erróneas son inevitables, de imponerse la verdad absoluta para el reconocimiento de libertad de información, la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio.

Libertad de conciencia y objeción conciencia. ¿En qué medida puede ser ejercicio legítimo y justificar la realización de conductas penalmente relevante? En Derecho Constitucional se entiende que la libertad de conciencia es manifestación del art. 16 CE "libertad ideológica", por lo que sería el derecho del ciudadano a negarse del cumplimiento de determinados deberes jurídicos cuando ello le suponga un comportamiento que sea inadmisibles para su conciencia moral. Este derecho en la Constitución está recogido de manera excepcional en el art. 30.2 CE (hasta hace no mucho se castigaba en el CP el incumplimiento del servicio militar obligatorio) y en el art. 20.1 CE cuando se reconoce el derecho a la libertad de información "la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia...". El problema es que no hay una ley que regule la libertad de conciencia con carácter general y plantea el problema de cómo puede actuar como derecho del ciudadano

amparando el incumplimiento de deberes jurídicos que puede suponer una conducta penalmente típica. Admisión legal de la objeción del personal médico (único caso regulación expresa, el propio Luzón lo admite como derecho derivado del art. 16 de la libertad ideológica o de creencias). El ejercicio legítimo será una ponderación de intereses para saber si queda amparado por la objeción de conciencia o no.

Actuaciones *pro magistratu*, en lugar del magistrado justicia o autoridad (recurso a las vías del hecho y derecho de detención de los particulares).

Con carácter general en Derecho español las actuaciones *pro magistratu* están proscritas, el ciudadano debe acudir a la autoridad y vías legales oportunas para el reconocimiento de sus derechos (monopolio estatal de la fuerza). Sin embargo hay algunos supuestos excepcionales en donde sí se permite al particular acudir a las vías del hecho. Hay excepciones en las que el propio Código Civil permite derechos de retención de la cosa que por esa razón estarían amparadas en su caso en la causa de justificación del art. 20.7. Por ejemplo, el acreedor pignoraticio tiene un derecho de retención de la cosa pignorada en tanto no se le pague el crédito; de la misma manera que el usufructuario tiene derecho de retención de la cosa del usufructo terminado el usufructo por los derechos que tienen que ser entregados al usufructuario. En esos casos sí estaría justificada a través del 20.7 CP del ejercicio legítimo del derecho la retención de la cosa. (Derecho de obra: el que ha ejecutado una obra en un bien mueble tiene derecho de retención coche en el taller hasta que se le pague: art. 236 *hurtus possessionis*: "el que siendo dueño de una cosa mueble..."). La Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta al particular a realizar una detención solo en función del 490 CP y 491 CP, no es una obligación "cualquier persona PUEDE", es una facultad. El ejercicio legítimo del derecho se conforma con que existan los motivos racionalmente 491 CP.

Dentro de los derechos cuyo ejercicio puede dar lugar a amparar conductas en principio penalmente relevantes se cuestiona también el derecho de corrección. Hasta el año 2007 el Código Civil dentro del art. 154 Cc respecto de la patria potestad y el 268 Cc respecto de los tutores en ambas regulaciones se decía que los padres podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos en el ejercicio de la patria potestad (tradicionalmente se venía entendiendo que los padres tenían un derecho de corrección que abarcaban los castigos corporales leves). En 2007 hubo reforma del Cc y se suprimió expresamente esa referencia "podrán corregir". A partir de ahí surge la pregunta de si subsiste el derecho de corrección o no queda ningún espacio a él. El problema se agudiza porque en 2003 se incrementa el rigor punitivo en hechos leves, en el Código Penal constituye delito la lesión que no requiere tratamiento médico o quirúrgico a alguna de las personas englobadas en el ámbito familiar (azote, bofetada... ese hecho puntual constituye delito cuando se da en ese ámbito y basta con ese hecho, no hace falta un menoscabo que cree tratamiento médico; el agarrar por el cuello, ese maltrato de obra es constitutivo de delito). Luzón entienden que pese a que el Código Civil haya suprimido esa referencia existe el derecho de corrección que además es un deber de la patria potestad puesto que dentro de esos deberes está "educarlos, tener a los hijos en su compañía...". En el derecho deber de educar aquellos castigos físicos mínimos orientados por un ámbito de corrección seguirían siendo justificados en la medida que existe un derecho de corrección. Otros autores prefieren y ella cree que es más correcto que esos castigos físicos mínimos pueden quedar fuera del ámbito de la tipicidad penal acudiendo a otras causas de atipicidad penal (principio de insignificancia, adecuación social). Pero hay otras causas de justificación: (situación de estado de necesidad: el niño va a meter el dedo en el enchufe y lo aparto bruscamente). El Derecho Penal no soluciona los problemas sociales, tiene que venir por otras vías, es violencia institucionalizada, violencia estatal (Se admite educadores pero más restrictivos).

Otro ámbito donde se plantea el ejercicio legítimo del derecho como causa de justificación de conductas en principio penalmente típicas sería el derecho a la práctica deportiva sobretodo en deportes que conlleva el trato corporal. Los resultados dañosos siempre y cuando se realicen dentro del juego limpio estarían amparados bien por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la práctica deportiva o bien otros lo llevan al ámbito del riesgo permitido

(probabilidad de resultados lesivos, pero siempre y cuando se realice dentro de estos límites estaríamos dentro de sus márgenes de actuación por lo que sería penalmente atípica).

Ejercicio legítimo de profesión.

Son muchas las que sus deberes pueden justificar la realización de actos típicos.

Confidentes necesarios: aquellas profesiones que se ejercen a través de los confidentes, el ejercicio de la profesión requiere que se comuniquen determinados aspectos personales e íntimos. En esa medida esos confidentes necesarios tienen un deber de secreto que puede justificar unos deberes (justificar cumplimiento deberes declarar, denunciar...). LEC 262 "los que están obligados a..." 263 LC "esa obligación impuesta en el art. anterior no comprenderá a los abogados y procuradores". No existe en España una ley del secreto profesional (ponderar).

Profesión médica: para que haya un ejercicio legítimo de la profesión médica ésta debe de ser conforme a la *lex artis* y forma parte de la *lex artis* contar con el consentimiento del paciente (Derecho Fundamental básico de la autonomía del paciente, ahí si que hay una ley reguladora que determina que el sujeto capaz tiene que prestar consentimiento y si no lo presta y se niega o rechaza un tratamiento médico el sujeto tiene derecho a rechazar un tratamiento médico o cualquier tipo de intervención). Las intervenciones medicas no consentidas por mas que el resultado pueda ser favorable nunca pueden ampararse en el ejercicio legítimo de la profesión médica.

Ejercicio legítimo de la profesión de abogado. Aquí se puede plantear la posible justificación de afectaciones al honor siempre y cuando se den en el ejercicio del derecho de defensa. No está amparado cooperar con la realización de actividades delictivas.

Ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento del deber. Muchas veces el ejercicio legítimo del cargo supone al mismo tiempo el cumplimiento del deber porque hay determinadas profesiones cuyo ejercicio supone el cumplimiento de deberes de actuación positiva y por lo tanto serian supuestos estrechamente relacionados.

Requisitos esenciales: competencia legal de la autorización o funcionario específica para llevar a cabo la actuación y junto a la competencia la concurrencia. Requisitos inesenciales. (La legítima defensa es una causa de justificación referida a particulares, el Estado se debe dirigir a la causa más restringida de justificación del ejercicio legítimo del cargo no solo por al fuerza portan armas y parece más conveniente que su actuación se reduzca a esto y solo está legitimada en tanto se cumplan los términos más estrictos que el uso de la fuerza para reaccionar sobre tal o ataques).

Este cumplimiento de deberes jurídicos generalmente es referido a cargos públicos (cumplimiento deber ciudadano excepcionalmente) fuera de los casos de ciudadanos o profesionales lo normal es que sean cargos públicos aquellos sobre los que pesan deberes que al mismo tiempo constituyen ejercicio legítimo del cargo. Los requisitos están tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando nos referimos a la detención como a la Constitución cuando nos referimos a los plazos (máximo absoluto del tiempo de detención).

Obediencia debida.

Hoy por hoy no se regula expresamente, sin embargo tiene operatividad dentro del cumplimiento del deber siempre y cuando exista el deber de obedecer a la orden, esto ocurrirá básicamente cuando se trate de ordenes antijurídicas que pese a todo hay obligación de cumplir. Las órdenes que claramente no hay obligación de cumplir son aquellas que son manifiestamente ilegales de entrada o que manifiestamente constituyen delito o sean contrarias a la Constitución. Policía detiene a una persona por una orden del comisario (hacerle creer en principio sin motivo de duda que concurren motivos para la detención ilegal; amparado causa justificación cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de la profesión) sin embargo el comisario que con conocimiento de la

situación utiliza un instrumento para llevar a cabo una detención ilegal será responsable de ella a través del instrumento de la autoría mediata. Si ese comisario se lo dice al policía y lo sabe será una orden manifiestamente ilegal que no hay obligación de cumplir y que quien la incumple incurre a su vez en el delito correspondiente de detención ilegal en co-autoría en cooperación necesaria o como fuere.

LECCIÓN 26. LA CULPABILIDAD.

Acción típicamente antijurídica y culpable. Dentro de las eximentes del art. 20 CP hay tanto causas de justificación (convierten la conducta en jurídicamente permitida: legítima defensa, ejercicio legítimo derecho) como de exclusión de la culpabilidad (1 2 3 6). Las consecuencias son muy diferentes, con causa justificación no hay responsabilidad penal en sentido amplio (no se puede imponer pena ni medida de seguridad porque la medida presupone hecho injusto) tampoco otro tipo de responsabilidad jurídica y esto tiene consecuencias respecto de terceros, cooperar, contribuir con un hecho que no es injusto por causa justificación no es antijurídico. La culpabilidad vendría a ser el último elemento necesario para imponer una pena para el hecho injusto cometido. Este hecho no afecta al contenido de injusto de la conducta, si no existiese culpabilidad (acción típicamente antijurídica con causa exclusión culpabilidad como un brote psicótico) ese hecho no está permitido sigue siendo antijurídico pero lo que si está es disculpado, no le puedo imponer una pena porque la pena con los no culpables no puede cumplir su función de prevención general ni especial. No podré imponer una pena pero si otra consecuencia jurídica del delito como es la medida de seguridad.

Desde principios del S.XX se empieza a preciar que en el tipo de injusto no todo es objetivo (desvalor subjetivo del hecho) se entiende que el dolo y la imprudencia son elementos del tipo no de la culpabilidad, elementos del desvalor subjetivo del hecho. Desde entonces, desde que el dolo y la imprudencia forman parte del tipo la culpabilidad se mantiene un concepto normativo entendido como reprochabilidad, la posibilidad de hacerle al sujeto un reproche jurídico por el hecho injusto cometido. ese reproche individual y concreto (En la tipificación hago un juicio objetivo general (hombre medio ideal) que después tendré que ver en la culpabilidad si le puedo reprochar individualmente al sujeto el no haberse comportado con arreglo a la norma). Desde esa perspectiva forma parte de la culpabilidad por un lado que el sujeto es imputable (concorre imputabilidad en el sujeto) que tiene conciencia de la antijuridicidad, de la prohibición, y que no concurren causas de exculpación o inexigibilidad subjetiva individual. En relación con esto el dolo como elementos del tipo, como desvalor subjetivo del tipo, o elemento de la parte subjetiva del tipo se conforma con conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo (elementos objetivos que fundamentan la prohibición) pero no forma parte del dolo el conocimiento de la prohibición misma, forma parte de la culpabilidad, elemento necesario para hacer el reproche. (Ej abusos sexuales para distinguir error de tipo y de prohibición). el sujeto cree que es mayor de edad (delito abusos menor 16) ahí lo que no hay es comisión dolosa de delito de abuso sexual, ya no hay tipo doloso xq falta el dolo como elemento típico; si el sujeto lo sabe y lo único que desconoce es que sea prohibido actúa con dolo (conocimiento y voluntad elementos objetivos) lo que ignora o desconoce afecta a la culpabilidad no a la antijuridicidad.

Evolución histórica de la culpabilidad como categoría.

Desde el finalismo y actualmente se entiende que en la culpabilidad no entra todo lo subjetivo y que el dolo y la imprudencia forma parte de la antijuridicidad, y la culpabilidad es la reprochabilidad individual al sujeto por el acto cometido. No hay posibilidad de imponer una pena pero sí una medida de seguridad. Elementos de la culpabilidad:

- Imputabilidad.
- Conciencia de antijuridicidad.
- Exigibilidad (ausencia de causas de exculpación).

Posturas negacionistas: negadoras de la culpabilidad. El ser humano está predeterminado en todo cuanto hace y por ese determinismo no hay posibilidad de hacer ningún reproche porque actuamos determinados por las circunstancias. Otro sector negacionista sostiene que la libertad del sujeto es indemostrable, y que por eso no se puede sostener un elemento del delito que es científicamente indemostrable, y ofrecen prescindir de la pena o no considerarla como castigo justo. En contra, podemos decir que el determinismo tampoco es demostrable.

No hay unanimidad en el concepto de culpabilidad. Es mayoritaria la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad individual, una concepción normativa y no tanto psicológica. Las bases de la culpabilidad serán:

- La libertad de actuación y decisión del sujeto.
- La posibilidad del sujeto de acceder a las normas y determinarse normalmente por ellas, la posibilidad de conocer la norma jurídicopenal y la prohibición, si no estaríamos ante un error de prohibición.

Libertad de actuación del sujeto

Hay una autoconvicción social de que los seres humanos tenemos libertad de decisión, y todo nuestro sistema jurídico da por hecho que tenemos esa libertad de decisión. La libertad es un derecho constitucionalmente consagrado, y también el CP tiene capítulos dedicados a los delitos contra la libertad. El CP parte de la premisa de la libertad como una regla que no hay que probar y que solo se excluye en circunstancias excepcionales. Se excluirá o restringirá la culpabilidad que nos permita hacer el juicio de libertad en función de determinadas condiciones o situaciones (arts. 20.1, 20.2, 20.6, 19 CP).

Accesibilidad y determinabilidad.

Requiere, además de la libertad, que la norma jurídicopenal pueda acceder al sujeto, y que tenga conciencia de la prohibición y de la antijuridicidad. Requiere un presupuesto cognitivo doble:

- Capacidad cognoscitiva y comprensiva.
- Acceso a los supuestos generales de la prohibición.

Podrá estar excluida la accesibilidad a la norma por inmadurez o incapacidad de acceso cognitiva y en otras por incapacidad cognitiva o individual.

Exigibilidad penal individual (al sujeto de la conducta).

De no haberse abstenido de llevar a cabo la conducta prohibida. Esto presupone negativamente acreditar que no concurren causas de inteligibilidad penal individual (causas de exculpación). Circunstancias situaciones del sujeto.

Esas serían las bases de la culpabilidad: libertad de actuación, accesibilidad a la norma, causas de exigibilidad.

Fundamento y función de culpabilidad.

El fundamento de la culpabilidad es que es el último elemento del delito que permite la imposición de la pena, atribución personal de la culpabilidad. Se la atribuimos personalmente al sujeto, y eso es lo que legitima la imposición de la pena (responsabilidad penal siempre individual, cada uno responde por su injusto propio; en otros ámbitos como el civil: la responsabilidad civil por conducir vehículo motor se puede transmitir al seguro).

Atribuir directamente al sujeto. Desde ese punto la culpabilidad cumple una función imitadora del *ius puniendi*, la afirmación de la culpabilidad es un presupuesto para la pena y el grado de culpabilidad total o disminuida va a afectar al grado de la pena.

Funciona de motivación, prevención de delitos. solo puede cumplir la pena la función de protección de bienes jurídicos con prevención de delitos frente a sujetos que pueden motivarse con arreglo a la norma y comportarse con arreglo a ella. frente a sujetos no culpables no pueden. Frente a sujetos no culpables o inculpables no puede cumplir función de prevención de delitos y frente a ellos a lo sumo se impondrá medida de seguridad.

La culpabilidad es un filtro para saber si se puede atribuir o no. La verdad es que todo el desvalor del hecho está en la antijuridicidad, la culpabilidad no aumenta ni disminuye el contenido del injusto. Hay una doctrina mayoritaria que sin embargo admite que la culpabilidad puede añadir al caso concreto una mayor reprochabilidad a la gravedad que ya implica el injusto típico, reconoce que hay determinadas agravantes de la culpabilidad. Ejemplo: Hay alevosía cuando el culpable comete.. empleando a su ejecución medios o formas que tiendan a asegurarla...”; ¿cuál es el contenido de esas circunstancias agravantes? entienden que agravan la culpabilidad y suponen mayor desvalor del hecho por mayor responsabilidad. nosotros entendemos que todo el desvalor del hecho está en el injusto típico y esas circunstancias agravantes reflejan un mayor contenido de desvalor del injusto típico, no aumentan la reprochabilidad. Aumentan el valor objetivo o subjetivo del hecho, no la reprochabilidad (que este sujeto sea más culpable).

En cuanto al contenido y estructura de la culpabilidad, por un lado podríamos hablar de cuatro brotes fundamentales en cuanto al contenido: **libertad de decisión y actuación** (poder actuar de otro modo), **imputabilidad** (requiere normalidad psíquica y madurez o suficiente... para captar la norma) **conocimiento antijuridicidad** (de la prohibición de la conducta) **exigibilidad penal individual** (existirá siempre que no acreditemos circunstancias excepcionales que la excluyan, por lo que haremos siempre una comprobación negativa).

En esta lección 26 nos ocuparemos de los dos primeros apartados. La lección 27 se refiere al error de prohibición y supuestos de inexigibilidad penal individual.

Se plantea el problema desde el año 2010 en el CP español cuando hablamos de las personas jurídicas, sobre si son sujetos destinatarios del derecho penal, y es dudoso desde diversos puntos de vista de la teoría del delito (acción humana como presupuesto o fundamento del delito, las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, si la tienen las personas físicas individuales que componen sus órganos) en la parte subjetiva del tipo si tienen determinada voluntad (si hay dolo de la persona jurídica o es de las personas que actúan en sus senos) en el ámbito de culpabilidad es dudoso hablar de verdadera culpabilidad de las personas jurídicas. El art. 31 bis del CP que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo cierto es que hay muchos autores muy dolidos consagrados siguen sosteniendo que a pesar de que el cp en la reforma de 2010 haya incluido responsabilidad penal de las personas jurídicas ésta no es tal, el propio 31 bis “las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre por cuenta de las mismas en su beneficio por sus representantes legales o por aquellos que actúen individualmente como integrantes...” viene a decir que la persona jurídica es responsable de los delitos que cometan las personas físicas, parece una transferencia de responsabilidad.

Algunos autores en cambio, los más defensores de la responsabilidad penal de los entes colectivos, han intentado fundamentar que si existe responsabilidad de la persona jurídica argumentado sobre la base de que el vínculo de la culpabilidad de la persona jurídica no estaría en la tradicional de las personas físicas (reproche) sino que el reproche de la persona jurídica está en el reproche de organización de la propia persona jurídica (ha ido generando unos déficit de organización que dan la posibilidad que se den delitos en su seno).

Culpabilidad en sentido amplio: abarcando desvalor subjetivo del hecho, dolo e imprudencia.

Junto a ello el fundamento de que la culpabilidad es fundamento y límite de la pena supone una exigencia: que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, total o disminuida. eso se fundamenta en los valores constitucionales de libertad y dignidad de la personas que son de obligada observancia aunque el CP no los menciona expresamente.

¿Qué efectos tiene la exclusión de la culpabilidad? En el art. 20 donde se recogen las eximentes hay que tener en cuenta que dentro de ellas algunas son causas de justificación y otras de exclusión de culpabilidad. sus consecuencias son muy diferentes.

Si está excluida la culpabilidad, se exige de responsabilidad penal en sentido estricto pero no de otra responsabilidad jurídica. (Causas de justificación: jurídicamente no prohibida, no se puede imponer pena ni genera responsabilidad jurídica alguna; el hecho es jurídicamente adecuado).

A diferencia de lo que ocurre en las causas de justificación si concurre una mera causa de exclusión de la culpabilidad se excluye responsabilidad penal pero si se pueden aplicar medidas de seguridad postdelictivas frente a determinados requisitos, uno de ellos la previa comisión de un delito (acción típica antijurídica). El CP utiliza el término delito para referirse a supuestos de acción típica antijurídica sin culpabilidad.

Respecto de terceros, cuando hablamos de causas de justificación, si concurren en el autor principal tampoco se puede castigar a terceros como partícipes en ese hecho impune. Si concurre una mera causa de exclusión de culpabilidad esto no excluye la posibilidad de castigar a terceros como partícipes en el hecho: Una cosa es que le de un palo a una persona para legítima defensa y a otra que está en un brote psicótico para matar (el que mata realiza un hecho típicamente antijurídico pero no culpable, esta exclusión en el hecho principal no significa que le que facilito el arma no vaya a ser considerado como partícipe por el principio de accesoriaridad limitada de la participación).

Contra una conducta típica antijurídica y no culpable si cabe legítima defensa, si se considera agresión ilegítima como presupuesto a los efectos del art. 24. Frente a una conducta amparada por causa de justificación no cabe legítima defensa (policía detiene sujeto en delito *in fraganti*).

Libertad de decisión: Partimos como un axioma normativo y solo en circunstancias excepcionales lo vamos a excluir. para el sujeto tenga capacidad de decisión se requiere la imputabilidad como requisito previo (incapaz de conocer la norma).

La imputabilidad requiere normalidad psíquica y madurez... presupone la conservación o posesión intacta de capacidades mentales humanas normales en el hecho, necesarias para la accesibilidad a la norma y comportarse con arreglo a la misma.

Esa imputabilidad puede estar excluida en casos particulares excepcionales. esos son los recogidos en las circunstancias 1º 2º y 3º del art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal pero lo son porque excluyen la imputabilidad, serían tres supuestos de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad, también puede estar excluida por minoría de edad en ciertos supuestos.

de forma similar a como ocurría en las causas de justificación también las causas de imputabilidad pueden darse supuestos de disminución, de sem-imputabilidad. (disminuir de manera muy sensible). Aun en los casos en los que esas circunstancias, esa anomalía, no solo no hayan anulado la capacidad del sujeto sino que no la ha afectado gravemente pero si levemente a sus capacidades de decisión o voluntad en esos casos apreciaremos en el delito como atenuante simple. Por lo tanto, la anomalía psíquica o intoxicación por alcohol según su gradación puede o bien excluir la culpabilidad (excluye posibilidad imponer pena) eximente (se impondrá pena o medida seguridad) incompleta o atenuación simple (atenuante por menor culpabilidad, no por menor injusto).

Artículo 20.1 CP carácter duradero o permanente (a veces no esta demasiado claro en psicopatología cuales son temporales o permanentes). En el ámbito de enfermedades mentales nos movemos en un terreno de mayor inseguridad que en el terreno de las enfermedades somáticas que aplicamos en los delitos de lesiones (en cuanto a diagnostico pronostico etc parecen unos estándares mas seguros que en el ámbito de las enfermedades mentales). Hoy por hoy los instrumentos fundamentales son esas grandes clasificaciones de enfermedades mentales que son el DSM 5 (clasificación de trastornos mentales elaborado por la asociación americana de psiquiatría y se llama así por que va por la 5ª edición). Instrumentos en los que se apoyan los dictámenes periciales que llegaran después al juez penal, en al ámbito penal no seria tan importante el etiquetare sobre lo que aportan los informes (si en el momento de realizar el hecho afecto concretamente a sus capacidades de comprender el hecho y actuar conforme a esa concepcion). Dentro de esas categorías lo fundamental serán los efectos psicológicos y dentro de las enfermedades mentales eso será frecuente en las enfermedades como la psicosis.

En el caso de otras anomalías psíquicas como oligofrenias que no se denominan como enfermedad mental. en ellas habrá que estar a los informes periciales para saber en cada caso si realmente eso ha impedido al sujeto conocer la trascendencia del hecho o no. Sujeto de inimputabilidad o imputabilidad disminuida.

Eximente incompleta si se pueden imponer medidas de seguridad ademas de la penal. el art. 104 dice que en los casos de eximente incompleta (semiimputabilidad) dice eso. en los caos de concurrencia de eximente incompleta se puede poner pena y medida de seguridad.

El art. 95 del CP.

Art. 20.2. también excluye inimputabilidad el que se halle en estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas ... siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción o no se hubiere previsto su comisión.

Las medidas de seguridad que se pueden imponer se recogen en los arts. 101 y siguientes.

20.3. Esta tiene menos aplicabilidad en la practica pero se trata de los supuestos de anomalía permanente por alteración y deficiencia del a capacidad mental. Sujetos inimputales por esas causas socioculturales (sordomudos, ceguera, criados en cuartos cerrados, circunstancias especiales de falta des-socialización). En esos supuestos estaría excluida o atenuada la culpabilidad.

Minoría de edad. El art. 19 del CP cuando dice que los menores de 18 no serán responsables criminalmente. Esto no quiere decir que se reconozcan como absolutamente inimputables de responsabilidad penal.

LECCIÓN 27. LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

Para el hombre medio ideal el conocimiento de la materia de prohibición debería ser suficiente para llevarle a identificar la prohibición misma de la conducta. Por eso cuando el sujeto que conociendo todos los elementos de la prohibición desconoce la prohibición misma (por causas especiales personales de él hace una valoración discrepante del ordenamiento jurídico, lo cual debe llevar al ciudadano a reconocer la prohibición misma). Por eso decimos que el baremo de prohibición es siempre subjetivo no objetivo (subjetivamente vencible o invencible).

Ejemplo error prohibición: Mutilación general femenina. ¿Cómo decimos que el error de prohibición era vencible o invencible para el sujeto o persona en particular? Fijarse si lleva poco tiempo en España, círculo social amplio o personas de su origen, etc. Eso son criterios de vencibilidad o invencibilidad.

Supuestos de requisitos:

- Atender a situaciones personales
- otros supuestos.

Ejemplo: se informa y el abogado erróneamente dice que eso es legítimo, el sujeto incurrirá en error de prohibición subjetivamente invencible.

Miedo insuperable, junto a éste pueden encontrarse otros supuestos excluyentes de la culpabilidad en función de las circunstancias concretas. (Sentencia dos Guardias Civiles: el joven no hizo nada por impedir que su superior cometiese delito de torturas: art. 186 el CP se impondrán las penas a la autoridad o funcionario público que permitiere, se le condeno por un Delito de torturas con la misma pena, el TS suprimir la pena del guardia civil joven argumentando que dadas las circunstancias de los hechos esa persona se encontraba en situación de inteligibilidad subjetiva individual, actuar de otra forma sería algo como acto heroico (entrada en un cuerpo reciente en cuerpo jerarquizado, pedirle que se enfrente al superior es acto heroico que el DP no puede pedir).

LECCIÓN 29. DELITO OMISIVO.

Empezando con el delito omisivo, claro si hasta ahora todas las categorías de la teoría del delito que hemos visto las hemos referido al delito de comisión activa, el comisivo normal, y muchas de las categorías son comunes al delito omisivo pero por razones de estructuración el omisivo se estudia a continuación de la misma manera que cuando se trataba la lección del error a continuación del dolo no se trataba solo del de tipo sino también el de prohibición.

¿De qué vamos a tratar en esta elección? Aquellos supuestos en los que se realiza una conducta típica por un no hacer, ¿en qué casos puede ocurrir? ¿cual es el concepto de omisión que tenemos que manejar para decir si estamos en un delito omisivo o comisivo? Hay que optar por un concepto normativo de omisión más que naturalístico (recordando el tema de la acción como presupuesto requisito base de los restantes elementos del delito, decíamos que se entiende como manifestación externa de la voluntad humana consciente que puede consistir en una conducta activa u omisiva y la omisión puede consistir en la realización de una conducta alternativa a la jurídicamente esperada o la mera pasividad. Con esto quiero decir que el concepto de omisión no es puramente naturalístico, no abarca los casos de mera pasividad en los que el sujeto no hace absolutamente nada, primero porque van a ser muy escasos normalmente realiza una conducta alternativa a la jurídicamente debida o esperada y es esta falta de realización de esta conducta cuya expectativa tenemos que se realice lo que es relevante (concepto normativo de omisión).

¿Cual es la diferencia entre los delitos comisivos y de omisión? En los tipos de acción, comisivos, de entrada hay la infracción directa de una norma prohibitiva (ej. 138 el que matare a otro será castigado en principio se describe un tipo comisivo y la norma dice que el ciudadano se abstenga de llevar a cabo estas conductas que lo pongan en peligro). en los tipos omisivos lo que hay es una infracción de la norma preceptiva (no le dice al ciudadano absténgase de llevar a cabo una conducta lesiva). En el delito de omisión del deber de socorro se castiga penalmente al que no socorriere y con ese no socorrer lo que se esta infringiendo es una norma que obliga a prestar auxilio pero no una prohibitiva que obliga a abstenerse. En los de omisión hay infracción de una norma preceptiva que obliga a llevar a cabo una conducta.

El concepto de omisión es normativo, lo que importa para saber si hay omisión del deber de socorro no es que se quede inmóvil dado que podrá hacer una conducta activa naturalísticamente y desde el punto de vista jurídico la omiso relevante del deber de cuidado. en el delito de omisión hay una creación de una de las expectativas de una conducta mediante una norma y la consiguiente imposición del deber jurídico de actuar por lo tanto lo importante para calificar una acción humana como omisiva generalmente es que se realice una conducta, la que sea, que no se corresponde con la establecida como idónea para la salvaguarda del bien jurídico.

Hasta aquí, con carácter general hemos hablado de los delitos omisivos, pero es fundamental que entiendan y sepan distinguir que por omisión se puede incurrir o bien en un delito de omisión pura o cometer un delito de omisión propia o comisivos por omisión. Dentro del delito omisivo nos encontramos con tipos penales de comisión pura y de comisión por omisión. en los tipos penales de omisión pura que se corresponderían con los de mera actividad y serian de mera omisión (de omiso pura o propia), en estos se castiga la mera no realización de la conducta debida con independencia y siempre indiferente que de ello se derive o no un resultado cualquiera lesivo para el bien jurídico (esto es irrelevante, innecesario, para entrar en responsabilidad penal por el tipo de

omisión pura; cuando el legislador incrimina expresamente delitos de omiso “el que dejare de realizar la conducta” ejemplo delito omisión del deber de socorro, basta para incurrir en responsabilidad penal por el delito omisivo con no auxiliar con independencia de si después el sujeto fallece, basta con el no hacer). A diferencia de estos casos, en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión en estos casos lo que ocurre es que si hay la producción de un resultado derivado de un no hacer, en estos tipos de comino por omisión se le va a exigir responsabilidad penal al sujeto por un delito de resultado aun no habiéndolo cometido activamente siempre y cuando su omisión, su no hacer, sea equivalente a la acusación activa del mismo. La comisión por opinión permite exigir responsabilidad penal del sujeto por un delito de resultado a partir de su no hacer, si que es relevante la producción del resultado, se exigiría responsabilidad penal por un delito comisivo como el del 138 homicidio, cuando hay la infracción de un mandato que podemos decir es equivalente a la violación de una norma prohibitiva, o dicho de otra manera cuando es la omiso la que infringe la norma prohibitiva de no lesionar o poner en peligro ese concreto bien jurídico.

Por tanto en los delitos de omisión pura lo que se castiga y se incrimina expresamente en el código penal es el mero no hacer, no llevar a cabo la conducta jurídicamente debida preceptiva esperada y con independencia de que se produzca el resultado; en los de comisión por omisión se exige responsabilidad penal al sujeto por un resultado de lesión de un bien jurídico después de un no hacer, porque este no hacer no infringe meramente una norma preceptiva, esta infringiendo una norma prohibitiva, es la omisión la que lesiona en un sentido equivalente a la acusación activa un el bien jurídico protegido

Peculiaridades tipos de omisión pura.

1) Concurrencia de la situación típica. En cuanto al tipo objetivo para incurrir en responsabilidad penal por un delito de omisión pura primero es necesario que concurra la situación típica que describe el tipo penal, la situación base sobre la que se define el mandato preceptivo de actuar. “El que no socorriere a una persona que se haya desamparada”, debe existir una persona desamparada en peligro manifiesto y grave, si no está desamparada, si falta la situación típica de partida, falta la posibilidad de incurrir en omisión pura. (Ya esta siendo atendida por la ambulancia o por terceros ya no concurre la situación típica de base).

2) Que haya una no realización de la acción jurídicopenalmente requerida para salvar el bien jurídico. Si el sujeto realiza una conducta alternativa y distinta lo relevante es que no haya llevado a cabo esa conducta requerida, no que no haya hecho nada, en este caso de ejemplo el no prestar socorro.

3) Que el sujeto tenga capacidad para realizar la acción jurídicamente esperada y que le sea personalmente exigible. Si el sujeto no esta capacitado o no le es exigible, no incurriría en responsabilidad penal por delito omisivo. En el caso de omisión de socorro en el 195 el legislador lo expresa de manera clara cuando dice “el que no socorriere a una persona que se haya desamparada cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio o de terceros”, a nadie se le pide que preste auxilio cuando ello tenga que hacerlo a costa de ponerse en riesgo a él mismo o a terceros.

4) No se requiere la producción de un resultado, por lo que no hay que analizar si existe relación de causalidad e imputación objetiva. Es irrelevante que se produzca o no un resultado.

En el tipo subjetivo no hay muchas peculiaridades, el delito de omiso pura requiere generalmente dolo (directo, eventual, cualquiera de las formas) y en ocasiones también es posible la comiso imprudente de in delito de omisión pura, sería necesario que ese concreto delito omisivo estuviese tipificado lo cual normalmente no es habitual (*numerus clausus*).

En cuanto a los posibles errores es posible que incurra en un error de tipo o de prohibición, mas frecuente de tipo (directo o inverso). Si el sujeto ignora o desconoce uno de los presupuestos objetivos de la prohibición porque no ve que está una persona desamparada, incurriría en error de tipo. Ej: ven a alguien en la acera durmiendo o inconsciente, a veces no es fácil determinar esto, si pasan confiando que realmente está durmiendo confiando en que no está en situación de peligro pero resulta que si que lo esta porque acaba de sufrir un infarto esto sería un supuesto de error directo de tipo (excluye el dolo del deber de socorro). Deberíamos de ver si es objetivamente vencible o superable (imprudente en caso que para esa concreta figura delictiva este previsto, cosa que no ocurre en el delito de omiso de socorro) o invencible (ni dolo ni imprudencia). Este error aun cuando fuese vencible daría lugar a impunidad.

También son posibles errores inversos de tipo, en la omisión de socorro. De entrada ya no concurren los presupuestos objetivos del tipo pero el sujeto erróneamente así lo cree, los pone en escena. No concurre el elemento que fundamenta la prohibición del legislador pero el sujeto lo pone en escena y sobre eso proyecta su voluntad, el sujeto que incurre en error inverso del tipo poniendo en escena un elemento que no concurre en realidad está proyectando su voluntad sobre aquello que coincidiría con lo que el legislador quiere prohibir. Las consecuencias serían que el sujeto estaría realizando una conducta constitutiva de tentativa inidónea o imposible. Ejemplo delito omiso de socorro: No se da la situación pero el sujeto erróneamente así lo cree, un ciudadano llega a un lugar donde acaba de tener lugar un accidente y ve a una persona tendida en la calzada y creyendo que está desamparada omite el auxilio, esa persona ya había fallecido a consecuencia del impacto del vehículo, cuando el sujeto deja de llevar a cabo el auxilio falta la situación típica, no hay una persona desamparada, esta omitiendo auxiliar un cadáver, y eso es un supuesto de error inverso porque falta un elemento objetivo del tipo pero el sujeto cuando abandona cree estar abandonado a una persona en peligro. Esto permitiría castigar ese hecho como tentativa inidónea de omisión del deber de socorro.

Dibuja figuras unidas por puntos (Una estrella) para explicar los errores.

A partir de ese símil, se trata de unir puntos que acaban formando una figura que tiene sentido cuando en principio no la tenía. Imaginemos que cada uno de los puntos son los elementos objetivos de un tipo penal, los elementos que el legislador ha seleccionado para definir la conducta prohibida, para que sea constitutiva de delito. Por tanto si concurren todos los elementos objetivos del tipo se da el objeto de prohibición. Pensando en el dolo, el dolo es conocimiento y voluntad de todos los elementos objetivos del tipo, así que el sujeto que ve todos y cada uno de estos puntos conoce todos los elementos objetivos que fundamentan la prohibición y por lo tanto tiene dolo. Si el sujeto resulta que por una nube desconoce o ignora unos puntos que están y no ve, realmente aquello que observa ya no coincide con el objeto original que tuvo en cuenta el legislador para definir la conducta típica. Este sería un supuesto de error directo de tipo, los puntos están ahí pero se le ocultan. Por lo tanto si el sujeto ignora o desconoce uno de los elementos que fundamentan la prohibición no puede ver exactamente los puntos elegidos por el legislador para formar la materia de prohibición.

Supuesto de error inverso sería aquel en el que objetivamente no concurren los elementos objetivos del tipo, y sin embargo el sujeto erróneamente los presupone y los coloca como fruto de su creación. Como los presupone, cuando compone aquello que el ve (une los puntos) lo que ve coincide exactamente con lo que el legislador prohíbe. En el directo los puntos están pero el sujeto los borra, en el inverso no están pero el sujeto los pone y al ponerlos proyecta su voluntad exactamente sobre aquello que consideró el legislador. En error inverso tiene dolo, porque tiene conocimiento aunque sea erróneo y voluntad sobre el objeto de la prohibición, pero no deja de ser una tentativa idónea (pone en escena algo que no está objetivamente).

Ahora vamos a distinguir el llamado error de tipo y error de prohibición. Para el desvalor subjetivo del hecho doloso basta con que el sujeto tenga conocimiento y voluntad de los elementos que fundamentan a la prohibición, basta con que tenga conocimiento del objeto de valoración y ello porque cuando el sujeto, el ciudadano medio, tiene conocimiento y voluntad de todos los elementos objetivos del tipo, que fundamentan la prohibición, eso llevaría a hacer una valoración del objeto concordante con la del ordenamiento jurídico, es decir, el dolo el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo al ciudadano normal le lleva a tener un conocimiento de la prohibición misma de la conducta, a identificarlo como prohibido, porque normalmente tal ciudadano hace una valoración del objeto concordante con la del legislador, con la del ordenamiento jurídico (ese es el objeto de valoración y de ahí deriva la valoración del objeto). Trasladándolo al símil, cualquier ciudadano que ve esto normalmente identifica una estrella, es decir, el ciudadano que conoce estos puntos y los une lo interpreta como estrella, hace una valoración de ese objeto. Y solo en aquellos casos en los que por circunstancias anormales conoce todos los elementos objetivos que fundamentan la prohibición y sin embargo llega a una valoración del objeto discordante de la del ordenamiento jurídico (en lugar de ver una estrella se imagina que esto es un cristal roto). Hace una valoración del objeto, pero del mismo objeto, ve el mismo pero la valoración es discordante. El error de tipo diríamos volviendo ahora a la teoría del delito que el error de tipo incide en el objeto de valoración, y el error de prohibición incide en la valoración del objeto. El sujeto que incurre en error de tipo porque no ve dos elementos que no ve claro no va a advertir el carácter prohibido del hecho porque lo que él ve ya es otra cosa, pero seque antes del error de prohibición ya hay un error de tipo, el cual tiene consecuencias diferentes de los supuestos en los que el sujeto viendo todo lo necesario se equivoca en la prohibición misma, en la valoración del objeto.

Podríamos estar hablando de un error inverso de prohibición cuando el sujeto observando un objeto que no es el que ha sido material de prohibición por parte del legislador sin embargo hace una valoración del objeto similar al de una conducta prohibida. Cuando lo que ve el sujeto es algo que no coincide con el objeto de prohibición y sin embargo el sujeto cree erróneamente que para el ordenamiento jurídico esto merece una valoración negativa y pese a todo actúa, cuando pese a todo actúa este sujeto proyecta su voluntad sobre algo que solo el cree que es prohibido pero no coincide con el ordenamiento jurídico y por eso en este caso el error no es unible porque al ordenamiento jurídico penal no le interesa castigar meras voluntades que son fantasías del sujeto. En los supuestos de error de inverso de tipo, aunque no concurre objetivamente algunos elementos el sujeto los presupone y sobre eso proyecta su voluntad, esto si es un intento aunque sea inidoneo de realizar precisamente la materia de prohibición.

Error de tipo: recae sobre el objeto mismo// Error de prohibición: no sobre el objeto sino sobre la valoración de ese objeto. en un caso y otro el error puede ser directo o inverso.

Inverso de tipo: supuestos de tentativa inidónea, los cuales también se pueden dar en delitos de omisión pura. En la omisión del deber de socorro si la víctima esta desamparada pero el sujeto erróneamente cree que estaba siendo auxiliada ahí hay un error directo de tipo. En el ejemplo de que la persona ya estaba muerta y el sujeto erróneamente presupone que esta viva y sobre eso actual comete tentativa inidonea del deber de socorro.

- **COMISIÓN POR OMISIÓN.**

Supuesto de equiparación con el delito comisivo, en este caso el resultado es imputable a la omisión, al no hacer, y genera la misma responsabilidad que si se hubiera producido de forma activa. Aquí sí que es importante la producción del resultado y se le exige responsabilidad penal al sujeto por la producción de ese resultado cuando éste es objetivamente imputable a ese no hacer, no llevar a cabo una conducta debida. Los supuestos de comisión por omisión en algún caso excepcional están expresamente tipificados en la parte especial, en algún caso el propio legislador equipara la comisión activa al permitir que se lleve a cabo la conducta. En el art. 176 CP dentro de los delitos de tortura, los cuales el 175 CP tipifica como “aquellos en los que la autoridad o funcionario publico abusando del cargo atentare contra la integridad moral de una persona causándole padecimientos físicos...” ese es el tipo comisivo; en el 176 CP “se impondrá la misma pena que la acusación activa de torturas al funcionario que faltando a los deberes de su cargo permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos” este seria un tipo de omisión impropia supuesto de comisión por omisión legalmente previsto en la parte especial. son excepcionales los casos en los que en la parte especial se equipara la omisión a la acusación activa.

Respecto de todos los delitos de resultado se pueden entender cometidos por cominos por omiso a través de la previsión especifica del art. 11 del CP Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Por tanto a través del art. 11 podríamos exigir responsabilidad penal en comisión por omiso en los delitos de resultado siempre que se den estos requisitos. ¿Cuales serian los elementos del tipo de comisión por omisión? En algunos elementos comunes con el delito de omisión pura: que conducta la situación típica y exista esa obligación jurídica de actuar para la salvaguarda del deber jurídico y capacidad y exigibilidad de llevar a cabo la acción. Además tiene que existir una posición de garante, solo se le va a poder exigir responsabilidad penal por el resultado a quien no evite un resultado lesivo para un bien jurídico cuando haya un especial deber jurídico de garante respecto del mismo.

Además en la medida en que el art. 11 dice equivalga será necesario que el resultado se haya producido precisamente por la creación o agravación del riesgo que supone la omisión, esto es, que ese resultado pueda ser objetivamente imputable a la omisión. solo cuando la omisión es la que crea o incrementa el peligro de producción de un resultado que no habría tenido lugar si se hubiera llevado a cabo la conducta jurídicamente esperada o debida por parte del garante solo en ese caso podremos imputar el delito de comisión por omisión. en otro caso habrá un delito de omisión pura porque como decimos en el delito de comisión por omisión para poder imputar o existir responsabilidad penal por

el resultado tiene que existir no solo el deber de mero auxilio del bien jurídico sino un deber especial de evitación de ese resultado fundado en una posición de garante respecto del bien jurídico de que se trata. La cuestión mas debatida es precisamente esa determinación de la posición de garantía, si basta con la teoría formal de las fuentes de garantía (en virtud de la ley, o un contrato o un actual precedente peligroso) si eso ya genera posición de garante que en caso de no preservación del bien da lugar a poder exigir responsabilidad penal por la producción de un resultado lesivo respecto del mismo. El propio art. 11 sí que exige que exista ese deber jurídico de actuar en principio a partir de esas fuentes formales (la ley el contrato o el actual precedente peligroso) lo que ocurre es que con eso no basta, no basta con afirmar la posición de garantía o de garante respecto de un bien jurídico, sino que además es necesario y aquí esta el núcleo del desvalor de la comisión por omisión que la omisión sea equivalente a la causación activa y eso no va a ocurrir siempre, ni siquiera siempre que podamos acreditar o afirmar una posición de garante respecto del bien jurídico.

En la presentación lo que no se ve en azul dentro de criterios prescriptivos para la equivalencia no basta solo con la posición de garante y dentro de la posición de garante hay unas teorías formales (en virtud de la ley, o un contrato o un actual precedente peligroso) y otra teoría material o de las funciones en función de la cual estaría por un lado el garante que ostenta deberes de custodia (función de protección de un bien jurídico) o aquellos supuestos en los que el garante tiene esa posición de dominio por la función de control de una fuente de peligro. Para este sector doctrinal seria mas importante el fundamento material de la posición de garantía que el origen formal, que la fuente de la que proviene. El dueño de un animal peligroso tiene deber de garantía respecto de esa fuente de peligro cuyo control se le atribuye, el no impedir que el animal suelte y feroz vaya a matar a un tercero esto seria en su caso una fuente material de la posición de garantía.

Además de que exista posición de garante lo importante para exigir responsabilidad penal de un delito de resultado de comiso por omisión es que exista una equivalencia con la acusación activa.

De entrada, cuando se dice que el resultado debe ser objetivamente imputable a la omisión, lo cierto es que en la comisión por omisión no hay verdaderamente relación de causalidad en el sentido de causalidad material porque de la nada nada sale y de la omisión no puedo describir que en la no realización de la conducta salvadora, describirlo como un proceso lesivo que desencadena el resultado. En la omiso no hay causalidad pero si es necesario acreditar una relación de imputación objetiva, que la realización de la conducta omitida habría evitado la producción de ese resultado, por lo tanto para que haya verdadera comisión por omisión tengo que estar en condiciones de afirmar que el no hacer es lo que ha desencadenado el riesgo de producción del resultado. en otro caso o que existe es un mero delito de omisión pura, por lo tanto el criterio para imputación objetiva es que la propia omisión cree o genere un riesgo para el bien jurídico que era inexistente o que hasta ese momento estaba controlado.

Ejemplo de comisión por omisión: La madre que no alimenta al bebé recién nacido y por lo tanto a consecuencia de ello el bebé muere. ¿en ese caso aquí hay una mera omiso del deber de socorro o una pura o le puedo imputar el resultado de muerte por no alimentar?

- 1) Existe posición de garante de la madre respecto de la vida del niño basado en la propia ley, en las facultades derivadas de la patria potestad (cuidarlos alimentarlos)
- 2) En esa situación el no alimentar, la omisión, es equivalente a darle un veneno con el que lo mate directamente. Desde el punto de vista material ese no alimentar crea o

genera un riesgo que hasta ese momento era inexistente por eso se le puede imputar el resultado de muerte en comisión por omisión. (La omisión ha disparado la producción de un resultado lesivo que no estaba en peligro antes de la omisión).

Frente a este supuesto el bañista que está en una piscina pública y ve que alguien se está ahogando en la piscina y sigue tomando el sol y finalmente se muere ahogado. ¿Responde de resultado de muerte igual que si lo hubiese causado activamente en comisión por omisión? En absoluto, porque no es la omisión la que ha generado el riesgo de ahogamiento, ese riesgo estaba ahí, surgió al margen de la omisión, esa muerte no es objetivamente imputable al no hacer. lo que si habrá en este ejemplo es responsabilidad por delito de omisión pura, por no auxiliar, omisión del deber de socorro.

La diferencia entre los delitos de omisión pura: se castiga el mero no hacer con independencia del resultado. En comisos por omisión el sujeto va a responder por el resultado aunque no lo haya causado activamente (no basta el no hacer ni siquiera estando en posición de garante, únicamente cuando estando en una posición de garantía el no hacer es la que genera un peligro para ese bien jurídico que antes no estaba o que lo ha incrementado de una manera tal que solo lo podemos imputar objetivamente a la omisión). Si cuando se produzca un resultado lesivo este no es objetivamente imputable el sujeto a lo sumo responderá de un delito de omiso pura, por eso hay que dotar de contenido al criterio de equivalencia ¿que omisiones son equivalentes? no todas, solo las que se de el criterio de imputación objetiva, de lo contrario estaríamos exigiendo responsabilidad en sujetos en los que hay un mero incumplimiento del a conducta jurídicamente debida como el 450 CP.

El art. 450 del CP *“el que pudiendo hacerlo con su intervención inmediata no impidiere la comisión de un delito”*. La omisión del deber de impedir delitos pudiendo hacerlo es un delito de omiso pura y el legislador lo tiene que castigar para convertir como penalmente prohibida la infracción de una norma preceptiva *“evitar agresión sexual cuando pueda hacerlo”*. Pero quien incurre en responsabilidad penal incurre en un delito de omisión propia, no es participe ni autor de la muerte que en su caso se cometa.

LECCIÓN 30. LAS ETAPAS EN LA REALIZACIÓN DEL DELITO “*ITER CRIMINIS*”.

Aquí veremos fundamentalmente la diferenciación entre los actos preparatorios y ejecutivos; la tentativa (forma de imperfecta ejecución del delito) y la consumación.

Cuando hablamos de *iter crimini* o camino del delito recordarán cuando hablamos de la acción como fundamento y presupuesto del delito decíamos que tiene que ser una manifestación externa de voluntad al exterior, necesaria esta exteriorización porque todo lo que pertenece a la fase interna del pensamiento del sujeto no puede ser objeto de punición, de represión por parte del Estado. Desde ese punto de vista, cuando pensábamos en la fase interna, generalmente todo delito parte de una idea del sujeto de llevarlo a cabo, de cometerlo, la deliberación en el sentido de premeditación no tiene que existir siempre pero sí siempre hay una fase interna que es la resolución del sujeto, en la que toma la decisión de llevar a cabo el hecho. Desde ese punto de vista, esa fase interna es absolutamente irrelevante para el Derecho Penal “las meras ideas no delinquen”. Por lo tanto, al Derecho Penal le interesa la **fase externa** pero todavía dentro de ella hay mucho camino, los **actos preparatorios** y los **ejecutivos** (tentativa/consumado).

Esta **fase externa** sí que tiene relevancia penal porque hay una manifestación externa de la voluntad. Los llamados actos preparatorios, cuando el sujeto después de haber tomado la resolución de llevar a cabo el hecho prepara la conducta, son ese momento intermedio entre la fase interna y el momento de ejecución. El sujeto planea el hecho, busca los medios, espía a la víctima, etc. De entrada podríamos preguntarnos primero si son punibles y en su caso si deben castigarse actos anteriores a la consumación ¿debe castigarse el supuesto en el que sujeto coge el arma dispara y la bala no alcanza a la víctima? ¿cuál es el fundamento de castigar fases anteriores a la consumación?

- **Teorías subjetivas:** Hay que castigarlo por el desvalor de la intención (críticas de las teorías subjetivas puras como fundamento del castigo: esto no nos permite responder a por qué no deberíamos castigar la fase interna en la que hay una conducta delictiva).
- **Teorías objetivas:** Aunque no haya habido lesión efectiva es una conducta de puesta en peligro del bien jurídico.

La teoría más correcta en cuanto al fundamento del castigo de fases anteriores a la consumación tiene que basarse a la **teoría objetiva**. El fundamento es que las fases anteriores a la consumación suponen una puesta en peligro objetiva de bienes jurídicos importantes y fundamentales, y esto debe ser suficiente para imponer el castigo. Esto encuentra argumentos de apoyo en el propio Código Penal español, en el que el castigo de los actos preparatorios es excepcional, por lo tanto generalmente los actos preparatorios son impunes, solo se castigan los ejecutivos (cuando el autor ha dado comienzo a la ejecución del hecho). Esto nos hace pensar que el fundamento es el peligro para el bien jurídico porque se castiga más los actos ejecutivos porque están más próximos a la lesión, a la consumación, la regla general de los más alejados es la impunidad. Cuanto más nos acerquemos a la lesión apoya la teoría objetiva. Además, en nuestro CP el castigo por la tentativa de delito (sujeto que ha dado comienzo a un delito pero no la ha consumado) es una pena siempre menor que en el delito consumado por el menor desvalor subjetivo (art. 62 CP: pena inferior en uno o dos grados que el delito consumado). Esto parece que es acertado en la manera en que solo deben castigarse penalmente comportamientos que sean objetivamente peligrosos *ex ante*.

Esa teoría objetiva, se castiga de formas anteriores a la consumación, en la medida en la que ya suponen un peligro pero menor al hecho consumado (esto se aproxima más a lo que tenemos en nuestro CP). Salvo algún supuesto excepcional.

Sólo deben prevenirse acciones objetivamente peligrosos ex ante.

Empezando por los actos preparatorio punibles. Como decíamos el otro día, en todo el *iter criminis*, hay una fase interna primero, sin exteriorización no forma parte del derecho penal. Después hay una fase externa donde distinguimos entre los fases preparatorios, y sólo después hay un comienzo de la fase ejecutiva.

Ahora respecto de los casos preparatorios si se castigan o no (en el CP es excepcional este caso). Lo que ocurre es que la ejecución del hecho aún no ha comenzado, y por lo tanto, la decisión de castigar o no, es una cuestión de política criminal. Algunos autores dicen que la mayor o menor punición (cuan atrás va la intervención punitiva) es un termómetro (los CP de orientación más liberal son más reacios a castigar actos preparatorios que los menos liberales).

EN el CP sólo hay 3 actos preparatorios que se castigan. Son la conspiración, la proposición y la provocación, y todavía, el legislador tiene que establecer concretamente si son punibles o no. Por lo tanto, sólo en los actos expresamente previstos en la ley.

Los conspiración--- art.17.1: Dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” antes de que se inicie la fase ejecutiva. Si los sujetos, han consumado, no se les va a castigar por los actos preparatorios y además por el delito consumado; sino que hay una cláusula de subsidiaridad tácita, de manera que si es castigado por el delito consumado, no será castigado por los actos preparatorios.

El castigo en las fases avanzadas de la comisión absorbe las fases anteriores.

Si se fijan, en este “resuelven ejecutarlo”, hay que entenderlo como que los sujetos que se conciertan proyectan ejecutar el delito a título de coautores; por lo que la conspiración viene a ser una coautoría anticipada. Para que haya conspiración verdaderamente, los sujetos que se conciertan, tiene que resolver ellos el delito de coautores. Si no existe esta concreción del delito, no se puede determinar después la pena inferior en 1 o 2 grados que corresponde a los conspiradores.

A diferencia de ello, la proposición (art.17.2) existe cuando el que ha resuelto a cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

A continuación está la provocación y la apología (mu próximas pero veremos en qué se diferencian).

En la proposición tiene unos objetivos determinados. En la proposición parece que fundamentalmente puede tener cobijo los supuestos de tentativa de inducción o inducción no seguida de ejecución. Si el inducido finalmente no decide llevar a cabo el hecho,

El “Cometer” hay que entenderlo que no a título de autor, sino que ha resuelto cometer a título de inductor o cooperador necesario, por dolo tanto cabría una tentativa de inducción o inducción no seguida de ejecución o inducción frustrada.

En la provocación, en realidad, el art.18.1: la provocación existe cuando....delito”.

Si se fijan la diferencia con la proposición es un carácter general, no un mensaje a personas determinadas como en la proposición.

En el párrafo siguiente: “Es apología...delito”. En el CP del 95, la apología que suponga ensalzar el crimen, si no tiene una potencialidad de ser una verdadera provocación como acto preparatorio punible en el sentido de constituir una incitación directa a cometer un delito, esto no se considera un castigo penal. A raíz de esto, precisamente por esto, es el legislador español tipificó el enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas. Este castigo expreso de conductas de enaltecimiento que no constituyen provocación, es la razón que se tienen que incriminar expresamente. Lo cual es bastante dudoso respecto a los principios limitadores del *ius puniendi*. Esto es una medida antiliberal. EN el artículo siguiente, 579CP: la apología que suponga incitación a delitos del terrorismo ya supone

provocación. Este enaltecimiento del 578, son castigos de forma concretas de apología, castigadas con penas que no tienen que ver con los actos preparatorios. Además, dice “si a la provocación...inducción”. Por lo tanto, esto confirma, que en la proposición cabe perfectamente los supuestos de inducción frustrada....

Si nos fijamos, los 3 actos preparatorios son actos en los que hay implicación de otras personas, no meramente individual. No hay ningún acto preparatorio individual que sea punible. Esto tiene que ver que sólo cuando hay varias personas hay una peligrosidad ex ante en las que debe intervenir el derecho penal.

Por tanto, en la regla general, es la impunidad en los actos preparatorios.

Ahora vamos a pasar a la fase ejecutiva. La tentativa. Art.16.1 CP “hay tentativa...autor”. Cuales son los elementos de la tentativa, y el artículo 15, el anterior, el CP establece como regla general, el castigo de formas imperfectas de ejecución (la tentativa).

Elementos:

- Tiene que haber un comienzo de los actos ejecutivos. Que haya abandonado los actos preparatorios y se haya adentrado en los actos ejecutivos. Cuándo se considera que inicia la tentativa? Bueno, pues realmente no es fácil de establecer, porque claro se puede decir que desde el punto de vista objetivo material (son ejecutivos los actos que se hayan de tal forma unidos a la forma típica, que sean parte suya). Después muchos autores entienden que no nos basta. Por lo tanto hay que entender cómo pretendía infringir el tipo el autor para determinar cuando comienza.

Cuando hay una puesta en peligro inmediata, y hay una inmediatez temporal entre los actos realizados y la realización de la conducta típica (no falta ningún acto intermedio para llevar a cabo en sí la propia conducta típica de matar).

La tentativa tiene un parte objetiva (necesitamos acreditar la ejecución parcial o total de los actos) Encaja en la tentativa tanto los casos de consumación total o completa, pero también encaja la realización parcial de los actos que tentativamente iba a realizar. Esta ejecución parcial se ve más clara en los delitos que tienen varios actos. Por lo tanto en el CP caben tanto los casos de tentativa acabada y tentativa inacabada (frustración en el CP anterior) Si la decisión de rebajar la pena en 1 o 2 grados dependerá de 2 factores (el grado de ejecución alcanzado y el peligro que tendría)

Respecto a la parte subjetiva tiene representada por la voluntad de consumación (Dolo) y la ausencia de desistimiento voluntario (remisión). Sólo hay tentativa si hay dolo. También tenemos que acreditar la ausencia de desistimiento voluntario.

Inicialmente, la jurisprudencia entendió que el CP del 95 había despenalizado los supuestos de tentativa inidónea – Porque dice “actos que objetivamente deberían producir el resultado”. Objetivamente—Conforme a la realidad.

Bueno, sin embargo, ese objetivamente había que interpretarlo de otro modo, todas la tentativas serían inidóneas, con los conocimientos que tenemos ex post. Objetivamente, a partir de ahora no se puede interpretar ex post, sino que únicamente se puede interpretar ex ante, reunían la peligrosidad suficiente para cometer el resultado.

Lo que sí excluye claramente de punición esa expresión de “objetivamente”, serían los casos de tentativa irreal o supersticiosa o absolutamente inidónea (aquellos intentos de producir el resultado que no reúnen ex ante la peligrosidad objetivamente, por lo que es incapaz de producir el resultado).

Aquí entramos en el segundo grado de importancia para decidir si reducir 1 o 2 grados, el peligro inherente al intento. Esto nos permite distinguir entre tentativas inidóneas e idóneas.

En llamada tentativa inidónea, cuando el sujeto no puede llegar a la consumación del delito pretendido, por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto.

Los casos de error de prohibición o prohibición inverso (también serían supuestos de tentativa irreal o supersticiosa).

En el año 2012, hay un acuerdo del pleno de la sala II, (EL supremo a veces adopta acuerdos digamos para aclarar cuestiones interpretativas que no estén claras con idea de ir haciendo una uniformidad en las cuestiones que se dicen.) En una de estas, el TS se ha dicho a sí mismo que es vinculante, ahí esa chulería del TS de otorgarse a sí mismo que sea vinculante. En uno de estos casos, (DIAPO).

Decíamos, que como elemento negativo, que no haya un desistimiento voluntario. La ley dice, y con razón, Art. 16.2. Parece que es una causa personal de levantamiento de la pena. Beneficia solo al que desiste y no necesariamente a terceros que no desistan de la acción. Esto tiene que ver con valoraciones político criminales, de necesidad y merecimiento de pena. Por lo tanto la prevención general no se vería menoscaba al que es exento de pena el que desestima voluntariamente, ni tampoco una prevención especial.

En algunos casos para que haya desistimiento voluntario basta que no haga nada más, y en otros casos, lo que tiene que hacer es que el desistimiento tiene que ser activo (contrarrestar lo que ha hecho). Pero será castigado por los delitos que ya haya realizado.