

Puesto que las normas facultativas, empleadas como baremo de medición de las conductas ya realizadas, dan lugar a tipos facultativos o causas de justificación, se trata también entonces de tipos. Y como tales, ofrecen una faceta objetiva y una subjetiva, que han de coincidir (referencia* y simultaneidad*: N.31); con otras palabras, que también en los tipos facultativos o causas de justificación hay que comprobar la tipicidad objetiva* y la subjetiva*. De ahí que en la definición de causa de justificación se incluya que la crisis para los bienes jurídicos ha de existir *ex ante* y confirmarse *ex post*: es decir, que ha de ser representada como tal crisis por el agente (*ex ante*, al actuar) y ha de existir realmente, fuera de su mente (*ex post*). Por esta misma razón, es posible que no coincidan ambas facetas: se dará entonces un tipo divergente (L.4-L.5). De este modo, también aquí hay que plantear en qué clase de error se halla tanto quien desconoce los elementos de la justificación (C.73), como quien erróneamente los da por supuestos (C.72). Pueden darse tres situaciones básicas.

i) Si el agente conoce (*ex ante*) lo que se da (*ex post*) en la realidad extramental, hablamos de una causa de justificación real*. Sólo en estos casos procede una plena causa de justificación, es decir, de una facultad de obrar aun lesionando bienes jurídicos (C.71).

En cambio, ii) la situación es distinta cuando el agente suponga erróneamente estar siendo agredido (*ex ante* se da), y por tanto crea estar defendiéndose cuando en realidad ha sido atacado (*ex post* no se da). Es el ámbito de las causas de justificación putativas. Entendemos por causa de justificación putativa aquella situación en la que el agente cree erróneamente que concurren los presupuestos de la respectiva causa, pero no concurren *ex post*, es decir, fuera de su representación mental (C.72 y C.74); suelen denominarse también «eximentes putativas», pero como entre las eximentes no solo hay causas de justificación, sino también de inimputabilidad (enajenación mental...) y exclusión de la culpabilidad (miedo insuperable), tal denominación no es correcta, aunque sea común. En puridad, procedería denominar estos casos como de «suposición errónea de los presupuestos de la causa de justificación»*. En ellos, el agente obra representándose una crisis para los bienes jurídicos, que no existe sin embargo fuera de su representación. En este punto, obsérvese que el agente toma por conducta no en el sentido del tipo (defenderse legítimamente...) lo que en realidad es creación de un riesgo desaprobado (lesionar, matar...). Es lo que sucede también en los casos de error vencible de tipo (imprudencia*), y habrán de ser tratados como tales errores de tipo. Luego, si son vencibles y el legislador ha definido dicho error como delito imprudente, será típico; de lo contrario, si no es vencible o el legislador no ha previsto ese caso como supuesto imprudente, procederá la impunidad.

Que se dé entrada a un tipo imprudente exige alguna explicación. Quien arremete contra aquel a quien toma por su agresor, que luego resulta que era su amigo, conoce que está golpeando a alguien, luego se podría decir que obra con dolo respecto a las lesiones contra la integridad física. ¿Por qué hablar de un error de tipo cuando conoce perfectamente el riesgo de su conducta de lesionar? Si entendemos que la tipicidad es un concepto valorativo y no meramente descriptivo, podemos decir que quien arremete en esas circunstancias conoce que golpea, pero eso no es lo mismo que conocer que «crea un riesgo típico», un riesgo en el sentido del precepto concreto, que es lo que se exige para la tipicidad. Para realizar el tipo de una causa de justificación (para golpear pero quedar amparado por legítima defensa) será preciso que exista en efecto una agresión

ilegítima previa (la situación fáctica de la causa de justificación) y que sea así conocida por quien se defiende. De lo contrario, si no existe la agresión ilegítima previa en la realidad extramental, por mucho que se la represente el agente, no puede quedar amparado por la causa de justificación. Pero esto no significa que haya de responder plenamente. No entraría en juego el tipo facultativo de la causa de justificación, y sí en cambio el del delito –comisivo u omisivo– respectivo. Es decir, quien creía estar defendiéndose no queda amparado y ha de responder de los golpes cometidos en defensa, por ejemplo. Sin embargo, para que dichos golpes constituyan el delito de lesiones, es preciso que desplieguen un riesgo en el sentido del tipo de lesiones, lo cual requiere que no exista agresión ilegítima previa; pero es esto lo que el agente se representa aun no siendo lo que sucede en la realidad extramental. Esta disparidad o divergencia (ve como defensa legítima lo que en realidad es lesionar) es la propia de un error sobre un elemento (negativo) del tipo: no ve lo que en realidad hay. Esto hace que entre en juego el tipo comisivo o omisivo respectivo (de lesiones, por ejemplo), pero en su modalidad imprudente.

Es conveniente precisar que dicho error, referido a un aspecto de la antijuricidad (que la conducta es o no agresión ilegítima que da lugar a legítima defensa), no constituye sin embargo un error sobre la prohibición. En este punto reina cierta discrepancia doctrinal: para el finalismo*, puesto que el agente yerra sobre la antijuricidad, se trataría de un error sobre el contenido de la prohibición, propio de la culpabilidad (N.111), ya que esta exige conocer que se obra antijurídicamente. Pero si prestamos atención al caso, no es que el agente desconozca la antijuricidad, o al menos no primariamente; yerra porque entiende que su conducta no representa un riesgo jurídicamente desaprobado (que es lo que se exige para la imputación objetiva del tipo: N.22). A este respecto, parece más coherente la solución de la doctrina de los elementos negativos del tipo (N.71): puesto que el tipo tiene una faceta objetiva y otra subjetiva que han de coincidir, las divergencias entre ambas serán, como también en las restantes modalidades de tipos, errores de tipo. Por supuesto que tras un error de tipo es posible errar sobre su valoración, es decir, sobre la antijuricidad del tipo: quien cree que su conducta está prohibida cuando en realidad el ordenamiento la aprueba; esta materia pertenece a la culpabilidad* (N.111). A este grupo de casos pertenece también el de quien cree que el ordenamiento le ampara a hacer más de lo que en realidad permite: el error sobre los límites de la causa de justificación, que se estudia en sede de culpabilidad.

Cabe iii) además la situación inversa a la anterior: el agente se representa (*ex ante*) estar creando un riesgo típicamente relevante o desaprobado, cuando en realidad (*ex post*) concurre una situación en la que el ordenamiento faculta a obrar aun lesionando bienes jurídicos: «desconocimiento de la situación fáctica» que da lugar a justificación (C.73). En efecto, nos encontramos aquí ante un caso de divergencia entre la parte objetiva y la subjetiva (no conoce lo que existe en la realidad extramental: que está siendo atacado, por ejemplo). Y, además, se trata de una divergencia inversa a la que hemos visto en ii): allí el agente no se representaba estar creando un riesgo desaprobado, sino uno aprobado o justificado por el ordenamiento, cuando en realidad era algo antijurídico (arremete contra quien cree que le agrede, que era su amigo que hizo un gesto equívoco); y ahora, en cambio, se representa estar creando un riesgo desaprobado cuando en realidad el ordenamiento aprueba o justifica su conducta (agrede a quien ocultamente le estaba apuntando con un arma dispuesta para disparar). Estas situaciones (C.79) son inversas a las «suposición errónea de los presupuestos de la causa de justificación». Allí apreciábamos un error de tipo (luego, si era vencible, y

estaba previsto en la ley, delito imprudente; si no era vencible o no estaba previsto en la ley, impunidad). Aquí, como situación inversa, se tratará de una estructura como la de la tentativa (N.41): la representación excede de la realidad extramental. Sin embargo, en este punto, cierta doctrina (por ejemplo, MIR PUIG) aboga por apreciar una eximente incompleta; pero la eximente incompleta es una figura legal del CP español a efectos de rebajar la penalidad, y no un concepto estructural, válido en otras legislaciones. Lo propio será apreciar tentativa del tipo comisivo (u omisivo, en su caso) en cuestión. Si el agente da muerte a quien ocultamente estaba a punto de dispararle, sin saberlo aquel, concurre el desvalor propio de la tentativa; es decir, cree estar cometiendo homicidio y en realidad «comete» legítima defensa.

También es imaginable que el agente se equivoque sobre la antijuricidad de su conducta: que crea estar amparado por una causa de justificación que en realidad no existe: iv); o, inversamente, que creyendo estar obrando fuera del ordenamiento, la conducta esté justificada: v). Se trata de dos estructuras paralelas respectivamente a las anteriores y a la vez inversas entre sí. Se analizarán en sede de culpabilidad (L.11).

i) Causa de justificación <i>real</i>: existe crisis <i>ex ante</i> y se confirma <i>ex post</i>.	
ii) Causa de justificación <i>putativa</i>: existe crisis <i>ex ante</i> pero no <i>ex post</i> (error de tipo: imprudencia).	iii) Inversamente, no existe crisis <i>ex ante</i>, pero sí <i>ex post</i> (tentativa).
iv) Cree estar amparado por una causa de justificación que en realidad no existe (error, vencible o no, sobre la antijuricidad).	v) Desconoce estar amparado por una causa de justificación que en realidad sí existe (impune).