

¿ES NECESARIO EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN?

Francisco Sánchez Fallas juez del Tribunal de Pérez Zeledón

RESUMEN: se expone en el artículo la estructura dual, objetivo/subjetiva, generalmente admitida de las causas de justificación o tipos permisivos, y se presentan algunos puntos de vista con el fin de modificar esa estructura para trabajar con una justificación puramente objetiva. Esos puntos de vista se relacionan, por una parte, con la función de los tipos permisivos en el esquema general de la teoría del delito, y por otra, con el principio de lesividad.

Palabras clave: tipos prohibitivos, tipos permisivos, causas de justificación, justificación objetiva, justificación subjetiva, congruencia del tipo permisivo,

1. A modo de introducción

Según la doctrina generalmente aceptada, las causas de justificación o tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja que requiere junto a la existencia de elementos objetivos definidos normativamente, la concurrencia de aspectos subjetivos que exigen que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de la existencia de esos elementos objetivos.

En ese sentido, en un libro de reciente publicación, se señala que en las causas de justificación

[...] se distingue una doble vertiente: objetiva y subjetiva. A su vez, en la parte objetiva existe un presupuesto de hecho, que es la situación fáctica previa que desencadena la capacidad de actuar de modo lícito vulnerando un bien jurídico [...] Por su parte, el aspecto subjetivo presenta una estructura similar al dolo, pues también requiere un elemento cognoscitivo, que exige que quien actúa bajo una causa de justificación, conozca que concurre el presupuesto de hecho que habilita para actuar justificadamente [...]^{<?>1.}

La existencia de ambos elementos, objetivo y subjetivo, conforma la llamada congruencia del tipo permisivo^{<?>2}, concepto del que se deriva la exigencia de que

ambos elementos deben concurrir para poder aplicar una determinada causa de justificación.

La vertiente subjetiva en las causas de justificación ha sido reconocida, de forma constante, por la jurisprudencia nacional y, al respecto, se dispuso lo siguiente:

*[...] No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisión y el tipo subjetivo de ella. En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que el peligro sea actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado, que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquél más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante. La valoración jerárquica de bienes es propia exclusivamente del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal, la legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos los que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo. A este suceso de concurrencia es a lo que se refiere la doctrina como tipo permisivo congruente [...].*³

Al respecto, y en el mismo sentido, Sancinetti señala, desde una perspectiva finalista, que el tipo objetivo de la causa de justificación, por sí solo, carece de toda significación en cuanto la exclusión del ilícito⁴.

No obstante, resulta válido cuestionar, si tratándose de los tipos permisivos o causas de justificación, estos deben replicar, necesariamente, la estructura compleja que corresponde a los tipos prohibitivos, y si, en consecuencia, requieren de la concurrencia de un elemento subjetivo para su aplicación.

En este breve trabajo, se exploran, básicamente, dos puntos de vista. Según estos no es necesario el elemento subjetivo de justificación para aplicar un tipo permisivo: uno de ellos se halla relacionado con la función de los tipos permisivos en la sistemática de la teoría del delito, y el otro es referente al principio de lesividad.

2. Función de los tipos prohibitivos y de los tipos permisivos en el derecho penal

Siguiendo a Roxin^{<?>5}, debe indicarse que el tipo prohibitivo y el tipo permisivo cumplen, en la sistemática de la teoría del delito, funciones político-criminales diversas. En lo que respecta al tipo penal o tipo prohibitivo, este reúne la descripción de las circunstancias que fundamentan el contenido del merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito; es decir, contiene todos los elementos y características que hacen que una conducta deba ser considerada; por ejemplo, hurto, estafa u homicidio: desde esa perspectiva, primigeniamente fundamentadora de la sanción penal, los tipos prohibitivos están sujetos, necesaria e irremediabilmente, al principio de legalidad como garantía para la ciudadanía frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esa función de garantía es expuesta por Silvestroni:

[...] De la premisa de que el delito es una acción, se deriva la necesidad de que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible, la conducta penalmente relevante que será objeto de desvaloración jurídica. La herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización es el tipo penal al que se define como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante. Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo esa función [...]^{<?>6}.

En consecuencia, el tipo penal, en tanto portador de los elementos que hacen a la valoración social negativa de una determinada conducta, debe contener los elementos constitutivos de la punibilidad, de forma tal que ahí la conducta que merece castigo se encuentre definida en todos sus extremos.

Por su parte, los tipos permisivos o causas de justificación tienen una función distinta en la sistemática de la teoría del delito, en tanto son institutos que hacen que una conducta típica no sea considerada antijurídica y, en consecuencia, eximen de responsabilidad penal y civil, a la persona que actúa bajo las circunstancias de hecho que las configuran.

Desde esa perspectiva, los tipos permisivos pueden ser considerados como dispositivos aseguradores de espacios de libertad frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que, en consecuencia, no se ven limitados en forma alguna por el principio de legalidad, lo que da cabida a pensar en la posibilidad de construir causas de justificación más allá de las definidas en el Código Penal^{<?>7}.

Usando la terminología desarrollada por Bobbio^{<?>8}, podemos indicar que los tipos permisivos son, en su mayoría^{<?>9}, normas jurídicas no sancionadas, es decir, normas que no llevan aparejada ninguna consecuencia desfavorable en caso de incumplimiento, en este caso por tratarse del ejercicio facultativo de derechos subjetivos que atañen al ámbito de autoorganización de la vida privada.

3. Estructura generalmente aceptada de los tipos permisivos

Tal y como se ha señalado, usualmente se considera que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura dual o compleja. Castillo señala que “[...] se hace un paralelismo entre los elementos del tipo objetivo y subjetivo a nivel de la tipicidad y con las causas de justificación [...]”^{<?>0}, y la misma idea es expuesta por Küper quien señala “[...] La comprobación de la tipicidad de un delito (doloso) debe llevarse a cabo en el orden objetivo y subjetivo del tipo [...]. El mismo fenómeno aparece nuevamente en el segundo escalón de la estructura del delito, esto es, la antijuridicidad: las causas de justificación se componen de características objetivas y de elementos subjetivos de justificación [...]”^{<?>1}.

Por su parte, Sancinetti^{<?>2} apoya la conformación objetivo/subjetiva de las causas de justificación, pues señala que detrás de ella “[...] está la idea –sin duda correcta– de ver los preceptos permisivos, al igual que las normas, como proposiciones dirigidas a la motivación de la conducta [...]”; señala este autor que “[...] así como quien no reconoce estar matando a un hombre no puede ser motivado por la prohibición de matar a otro, así tampoco puede motivarse en la permisión quien no reconoce los presupuestos de la exclusión del ilícito [...]”.

No obstante, tal y como correctamente se ha hecho ver en doctrina, esa pretensión de mantener una estructura objetivo/subjetivo en los tipos permisivos es consecuencia de un afán de simetría mal entendido, el cual parte de conceptualizar la justificación como la simple derogación de la prohibición, pretendiendo así definir los permisos desde las prohibiciones, cuando en realidad la justificación tiene una naturaleza distinta que tiene que ver, más bien, con la reafirmación de la libertad personal^{<?>3}.

4. ¿Por qué los tipos prohibitivos tienen una estructura compleja?

Cuando hablamos de “estructura compleja”, hacemos referencia a la necesidad de que concurren elementos objetivos y subjetivos para poder aplicar un determinado tipo penal.

Tal y como Castillo^{<?>4} señala, el tipo penal se caracterizaba por ser objetivo y no valorativo, es decir, no incluía ninguna consideración de tipo subjetivo, que fuera relegada a la categoría de la culpabilidad. Sin embargo, en virtud del surgimiento de la teoría finalista de la acción, se incluyeron en el tipo penal el dolo y otras características subjetivas, lo cual llevó a distinguir entre elementos descriptivos y normativos del tipo.

En nuestro país, es esencialmente a partir de la sentencia 446-F-92 de la Sala Tercera de la Corte, cuando se empieza a trabajar con el concepto de tipo complejo, señalando en lo que interesa:

[...] el Código Penal exige un dolo de tipo o dolo natural (dolus naturalis), de modo que el tipo se compone de un aspecto subjetivo (tipo subjetivo) integrado alternativamente por el dolo natural o la culpa y, un aspecto objetivo (tipo objetivo) compuesto de los elementos descriptivos, elementos normativos y condiciones personales constitutivas de la infracción [...].

Esta afirmación no conlleva necesariamente a pensar que nuestro derecho penal trabaje con un esquema finalista, el cual por sus características asume una conformación dual –objetiva/subjetiva– del tipo penal. Se trata, más bien, de que en razón de la regulación que el artículo 35 del Código Penal hace del error de prohibición vencible, una visión armónica y sistemática del diseño legal de la teoría del delito nos lleva a la conclusión de que, necesariamente, debemos trabajar con una estructura dual del tipo penal. Se trata pues de una conclusión más de índole normativa que dogmática.

Los tipos penales prohibitivos tienen, con toda claridad, una función motivadora, en el sentido de que, a través de la definición de determinadas conductas como delito, en tanto lesionan bienes jurídicos socialmente relevantes, y mediante la atribución consecuente de una sanción a quien las cometa, se busca que las personas no incurran en ellas. Respecto de esta función preventivo/ motivadora de la norma penal, se ha señalado:

[...] en la medida en que la norma está señalando de forma anticipada cuál es la forma en que no debe ser utilizada por los actores sociales para la solución del conflicto, se puede decir que su función es prevenir de un modo general, esto es, prevenir en el sentido de advertir, que, si se realiza la conducta prohibida o se omite la conducta mandada, el Estado reaccionará aplicando la pena [...].^{<?>5}

Esta función motivadora de la norma penal^{<?>6} está íntimamente relacionada con la función de prevención general de la pena, al punto de que, como Schünemann^{<?>7} señala, el fin que el derecho penal persigue consiste en evitar comportamientos socialmente lesivos mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a derecho.

Es claro que, para definir lo prohibido, sí resulta relevante el aspecto subjetivo de la acción, porque el reproche penal, que puede derivar en la aplicación de una sanción, se completa solo en el momento en que la persona, además de que realiza una acción típica, tiene conocimiento de las características de la acción que está ejecutando y tiene además la voluntad de realizarla.

Por tanto, en caso de que exista algún error en el sujeto activo que le impida conocer que estaba realizando la acción prevista en determinado tipo penal, es de aplicación la figura del error de tipo que elimina toda consideración sobre la tipicidad de la acción. Es decir, para el reproche o valoración negativa de una conducta, no se puede prescindir del aspecto subjetivo de la acción, por lo que no se puede castigar a quien no conoce el hecho que realiza. Como mínimo, se requiere de ese conocimiento y de la voluntad que le es correlativa, y es por ello que la tentativa resulta punible. Esta figura castiga esencialmente la finalidad de realizar una acción típica que lesione un bien jurídico, aunque esa lesión, en definitiva, no se haya llegado a dar por causas ajenas a la persona autora de la acción.

5. Crítica a la estructura dual de los tipos permisivos

No obstante, es posible preguntarse si ese paralelismo o estructura dual, objetivo/subjetiva debe existir en las causas de justificación, o lo que es lo mismo, debemos preguntarnos, qué función cumple el aspecto subjetivo en una causa de justificación. Es decir, hasta dónde es importante que la persona que actúa objetivamente bajo una causa de justificación conozca de la existencia de la llamada situación objetiva justificante?

5.1. En mi opinión, la respuesta a estas interrogantes pasa, en parte, por entender la función motivadora que corresponde a los tipos permisivos, la cual no es la misma en los tipos prohibitivos.

Si bien es cierto, como ya se indicó, Sancinetti hace ver que no puede motivarse por la permisión quien desconoce los presupuestos que excluyen el ilícito, esa aseveración no es, en mi criterio, correcta. En primer lugar, siendo los tipos permisivos, en su mayoría^{<?>8}, normas facultativas, es decir, se trata de conductas que pueden ser realizadas o no libremente por la persona, carece de sentido hablar

de la existencia de una “*motivación*” de relevancia penal, para actuar de una u otra forma.

Si bien, el hecho de que una persona conozca acerca de la existencia de un determinado tipo permisivo puede llevarla a actuar de manera lícita y permitida, no tiene sentido analizar esa “*motivación*”, puesto que, en tal caso, no procede formular juicio de reproche alguno. Cabe agregar que si los pensamientos antisociales, siempre que no trasciendan al exterior, resultan penalmente irrelevantes, sería un sinsentido indagar y/o reprochar los pensamientos o motivaciones que, más bien, desembocan en actos externos promovidos por el ordenamiento jurídico o ajustados a este.

La función de motivación en los tipos prohibitivos no tiene las mismas características que la motivación que pueda darse a través de los tipos permisivos. En lo que respecta a los tipos prohibitivos, es decir, los que definen como delito determinadas conductas, las personas se ven movidas a ajustar su conducta a la previsión legal, pues de lo contrario, pueden ser castigados con una determinada pena, ya que en ese proceso es especialmente importante la certeza que se tenga de que se puede ser castigado: es entonces una motivación que opera como disuasión.

Pero en los tipos permisivos, esa disuasión es contraproducente, puesto que más bien lo que se busca es transmitir a las personas la idea de que si actúan de la forma autorizada por una determinada causa de justificación, lo hacen con apoyo jurídico suficiente, al punto de que su conducta será acorde al ordenamiento jurídico. Y si a ello se suma la consideración de que los tipos permisivos son, generalmente, normas facultativas, resulta claro que estos no tienen una función motivadora de la misma naturaleza que la que corresponde a los tipos prohibitivos.

En definitiva, podemos señalar que con el derecho penal no se pretende premiar a alguien por sus buenas acciones^{<?>9}, sino que más bien de lo que se trata es de limitar las posibilidades de aplicar el *ius puniendi* estatal.

5.2. Desde otra perspectiva, existen razones vinculadas al principio de lesividad, las cuales hacen incorrecto el análisis o la exigencia de aspectos subjetivos en el nivel de la antijuridicidad.

El principio de lesividad, que permea no solo la categoría de la antijuridicidad sino también toda la teoría del delito, es esencialmente de naturaleza objetiva, al punto de que según el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución Política lo señala: “*las acciones privadas que no causen daño ni perjudiquen a tercero, quedan fuera*

del alcance de la ley”, siendo el daño un elemento externo del hecho: si ese daño no es socialmente relevante, la conducta no resulta materialmente antijurídica.

Por tanto, es fundamental, para establecer la antijuridicidad de una acción o no, determinar cuál es el daño objetivo causado por la acción típica y disponer si este es relevante, pues solo de esa forma resulta legítimo imponer la sanción prevista en el tipo penal⁰.

Cuando nos encontramos frente a una acción típica que solo está objetivamente justificada; es decir, respecto de la cual no concurre la justificación subjetiva, nos encontramos, en definitiva, frente a un resultado que resulta conforme a derecho. La existencia de la justificación objetiva implica que el resultado obtenido no es desvalorado socialmente, puesto que se produjo en circunstancias externas que lo hacen socialmente adecuado. Se tratará, por ejemplo, del caso de una persona que dispara contra otra ignorando que esta última está empuñando un arma con la cual pretendía, sin motivo válido, atacarlo y darle muerte, de forma que, con el disparo y, sin saberlo, responde de manera necesaria a una agresión ilegítima¹.

En tales casos, calificar la conducta como antijurídica carece de sentido último e implica una sanción de las motivaciones internas de la persona, ya que, si bien al momento del hecho, el sujeto activo desconocía que se daban las circunstancias objetivas de un tipo permisivo, el resultado finalmente obtenido, es decir, la salvaguarda de la vida y/o integridad física de la persona que estaba siendo agredida ilegítimamente resultan objetivamente ajustadas a las expectativas sociales.

La antijuridicidad material resulta ser un instrumento que permite ajustar en la práctica la respuesta penal a las características del caso concreto, lo cual resulta muy difícil de realizar desde la tipicidad, dado que la realidad social es mucho más rica y variada que las previsiones generales y abstractas que el legislador pueda realizar.

Así, tal y como Rivera ha señalado, la antijuridicidad material constituye un “[...] *punto de unión entre realidad (dimensión social del derecho) y valoración jurídico penal* [...]”², dotando a la praxis judicial de un sentido de utilidad social que no puede menospreciarse.

6. Conclusión. Si bien es cierto es un lugar común señalar que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja que incluye elementos objetivos y elementos subjetivos, existen buenas razones para

apartarse de esa concepción y abogar por una conformación simple, puramente objetiva, de las causas de justificación. Por una parte, al liberar a la justificación del componente subjetivo, se reducen las exigencias para poder excluir la antijuridicidad de la conducta, ampliándose de tal manera el ámbito de libertad personal. La supresión de la justificación subjetiva es además una consecuencia de reconocer que la naturaleza y la función de los tipos permisivos difieren, esencialmente, de la naturaleza y la función de los tipos prohibitivos. Asimismo, al prescindir del elemento subjetivo de justificación, se reconoce que la categoría de la antijuridicidad es, esencialmente, de carácter objetivo, conclusión que viene impuesta por la prevalencia del principio de lesividad como límite al *ius puniendi* estatal.