

# **El elemento subjetivo en las causas de justificación en la reciente doctrina argentina (a propósito de las obras de Javier Esteban de la Fuente y Maximiliano Rusconi)**

DIEGO ARAQUE MORENO\*

A. Uno de los principales problemas que suscitan debate entre la doctrina extranjera gira en torno a la temática del elemento subjetivo en las causas de justificación. Recientemente dos obras argentinas se han ocupado de este específico aspecto en particular, como seguidamente se pasa a señalar.

Por elemento subjetivo de las justificantes se entiende generalmente el conocimiento y la voluntad de obrar bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Los tipos permisivos, al igual que las normas prohibitivas, contienen elementos de naturaleza objetiva pero también de carácter subjetivo. Por lo menos así son entendidas dichas proposiciones jurídicas a partir de un concepto personal de injusto desarrollado con fundamento en los aportes del finalismo alemán. En efecto, si para el injusto es menester que concurren tanto el desvalor de acción como el de resultado, lo mismo ha de exigirse para el reconocimiento de una causa de justificación del hecho, esto es, se hace menester que confluyan un valor positivo en el comportamiento y a la vez otro en el resultado.

Ahora bien, la polémica principal que existe sobre este tema se concreta en la siguiente pregunta: ¿es necesario el elemento subjetivo para el reconocimiento de la

---

\* Profesor de Derecho penal - Universidad de Medellín.

causal de justificación? Lo anterior, dicho con un ejemplo: en la legítima defensa, ¿se requiere que el agredido repela el ataque con conocimiento de la respectiva agresión y con voluntad o ánimo de defenderse? La discusión se presenta porque para un buen número de la doctrina y jurisprudencia es indispensable este requisito para que en efecto se puedan reconocer los efectos plenos de la justificante, siendo ésta en dicho orden de ideas la posición o postura mayoritaria. Otros, en cambio, consideran que no es menester el conocimiento y la voluntad de actuar bajo el amparo de la causa de justificación, bastando por tanto con la concurrencia de los requisitos objetivos de la respectiva causal. Así las cosas, quien objetivamente se defiende, no tendría por qué conocer que lo está haciendo y, menos todavía, orientar su conducta a la salvaguarda del respectivo bien jurídico. Esta segunda postura, sin embargo, constituye la posición de tipo minoritario.

Recientemente la discusión en cuestión ha sido abordada en sendos trabajos doctorales por parte dos autores argentinos. De un lado, Javier Esteban de La Fuente, quien adhiere a los postulados de la tesis mayoritaria desde un fundamento estrictamente dogmático que tiene como norte el concepto de injusto personal, al mejor estilo de un esquema finalista ortodoxo. De otra parte, Maximiliano Rusconi ha defendido la posición minoritaria, no sólo con argumentos de orden dogmático sino también desde una óptica político criminal y que tiene en cuenta criterios de tipo normativo y de filosofía política.

B. *El aspecto subjetivo de las causas de justificación* es el texto de De La Fuente, el cual corresponde a la tesis doctoral que defendió en la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España, bajo la dirección del profesor Jose Cerezo Mir, cuya publicación fue llevada a cabo por la editorial Rubinzal-Culzoni en el año 2008.

En esta obra, el autor, de entrada, aborda en el Capítulo I el problema del elemento subjetivo en sí mismo considerado. Desde los albores mismos del texto acoge la teoría o posición mayoritaria que exige el componente en cuestión. Ello lo hace con fundamento en la teoría final de la acción (i), el concepto de injusto personal (ii), el argumento gramatical que exigen ciertas preposiciones que utiliza el legislador al momento de redactar los tipos permisivos (iii) y la interpretación del requisito de la necesidad que orienta las causas de justificación (iv).

A esta posición llega el autor luego de realizar un recorrido sobre los esquemas clásico, neoclásico y finalista del delito, destacando, como es sabido, que para los dos primeros no era necesario el componente subjetivo; si bien en el esquema neoclásico algunos autores asumieron que, en los casos en que de forma expresa lo exija la justificante, debía existir dicho componente, así como excepcionalmente algunos tipos penales exigían un ingrediente subjetivo para la ilicitud de la conducta.

Sin embargo, resalta De La Fuente, fue a partir del finalismo que se pudo hablar de un sistema general del elemento subjetivo para todas las causas de justificación del hecho, precisamente a partir de los criterios antes relacionados, en especial el concepto de injusto personal que se fundamenta prioritariamente en el desvalor de acción. En efecto, según el autor, el resultado del injusto hace parte del mismo desvalor de acción, está contenido en éste, por lo menos así será si se le entiende como una conducta peligrosa (véase el Capítulo II). Se rechaza así, de esta manera, la tesis monista, para la cual basta con el simple desvalor de acción, sin importar el resultado.

Por tanto, vistas así las cosas, en materia de causas de justificación se requiere así mismo el valor positivo de acción, cuyos elementos o ingredientes son desarrollados en el Capítulo III, donde se analizan con profundidad las teorías que sólo exigen el conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificante, así como aquellas que, por añadidura, exigen que concurra adicionalmente la voluntad de actuar bajo dichos presupuestos, optando el autor por estas últimas a partir de una posición según la cual el elemento subjetivo de las causas de justificación es la contrapartida misma del dolo.

De allí que De La Fuente se ocupe así mismo de la estructura de este último concepto, descartando las tesis modernas para las cuales basta que el sujeto haya actuado con conocimiento de la situación de peligro. En consecuencia, sobre este aspecto, acoge una posición según la cual el dolo consiste en la decisión orientada a la lesión del respectivo bien jurídico. En este orden de estimaciones, se colige de forma coherente que el elemento subjetivo requiere el conocimiento y la voluntad de salvaguardar el interés objeto de protección penal, lo cual debe concurrir por igual frente al autor y al partícipe con fundamento en la teoría de la accesoriedad mínima que es desarrollada por el autor en el Capítulo VI de la obra. Esto último, ya que según de La Fuente, "si se parte de la accesoriedad limitada, parecería que cuando el autor obra justificadamente, la acción del partícipe debe quedar impune y resulta indiferente que haya tenido o no el elemento subjetivo de justificación" (p. 276). De allí que el partícipe, conforme al concepto de injusto personal, también deba obrar con un verdadero valor de acción con miras al reconocimiento de la justificante.

Otros argumentos de orden dogmático en pro de la defensa de la tesis sostenida por el autor son ensayados en el Capítulo IV. Así por ejemplo, los tipos permisivos de resultado cortado, los cuales evidencian que lo que verdaderamente importa es el elemento subjetivo en la justificante, independientemente de que el sujeto logre o no la salvaguarda del respectivo bien. En igual orden de ideas, el llamado pretexto de legítima defensa es otro elemento a favor de las tesis subjetivas, pues en estos casos, denominados por la doctrina como acciones ilícitas en la causa (a.i.i.c), el sujeto no está orientando su conducta a la protección del bien jurídico en concreto. Igual sucede en tercer término con las llamadas ofendículas o medios de defensa predispuestos (rejas

con electricidad, carnadas envenenadas, etc.), en los cuales faltaría precisamente el elemento en cuestión justo para el momento en que se activa el respectivo mecanismo de defensa.

De otro lado, se señala en la obra así mismo que la exigencia del elemento subjetivo se hace también necesaria en los delitos culposos (Capítulo VII), con o sin representación, en los cuales, si se parte de la posición según la cual en éstos también es posible hablar de causas de justificación, para su reconocimiento será necesaria la verificación del aludido elemento. La teoría personal del injusto, si en verdad quiere ser consecuente, debe exigir también en esta clase de delitos de estructura típica culposa el elemento en mención, habida cuenta que las causas de justificación siempre serán “dolosas”, aspecto que no resulta incompatible con el hecho de que el sujeto en estos delitos –los culposos- persiga una finalidad extratípica que origina la violación del deber de cuidado, pues, lo uno es un problema de antijuridicidad (el elemento subjetivo de la justificante) y lo otro de tipicidad (la violación del deber de cuidado), amén de que el elemento subjetivo de justificación no implica necesariamente el conocimiento de los elementos del tipo penal objetivo.

En definitiva, según el autor, “en cualquier causa de justificación resulta exigible el elemento subjetivo, el cual –no obstante- aparece con matices propios: En los delitos dolosos el autor quiere realizar la causa de justificación llevando a cabo conscientemente una conducta que sabe lesiva del bien jurídico. En los delitos imprudentes de culpa consciente el autor quiere realizar la causa de justificación llevando a cabo conscientemente una conducta que sabe riesgosa. En los delitos imprudentes con culpa inconsciente el autor quiere realizar la causa de justificación llevando a cabo conscientemente una acción final, cuyo riesgo ignora aunque debió haberlo contemplado” (p. 314).

C. Resta el examen o análisis de aquellos eventos en los cuales falta el elemento subjetivo no obstante que a la vez están presentes los requisitos objetivos del tipo permisivo de que se trate. Según se señala en el libro, en estos casos, de todas formas, existe un menor contenido de la antijuridicidad que debe ser tenido en cuenta para efectos punitivos, de suerte que no resulta viable la solución extrema de sancionar por un delito consumado como se propone por algún sector dentro de la sistemática del finalismo o subjetivismo a ultranza.

De allí que, cuando esto sucede, cuando falta el elemento subjetivo, estando en cambio presentes los requisitos objetivos de la norma permisiva, lo procedente, en la legislación española, será acudir por analogía a las reglas de la circunstancia atenuante del artículo 21, regla 6 del código penal español. La aplicación de esta disposición no podrá realizarse de forma directa, pues en estos casos, según De La Fuente, existe una laguna legal. Entre tanto, en la legislación argentina, la solución para este tipo de supuestos consistirá en acudir a las causas genéricas de atenuación de los artículos 40 y 41 del Código Penal argentino. Así, efectivamente, se propone en el Capítulo IX

de la obra, descartándose de paso la solución de sancionar por un delito a título de tentativa (directamente o por analogía).

Lo curioso y contradictorio, sin embargo, es que según el autor, la solución que acude por analogía a las reglas del delito tentado no es viable toda vez que “cabe decir que no estamos en presencia de una ‘laguna legal’ o de un olvido del legislador que deba ser completado por el intérprete. El caso del autor que realiza una conducta típica sin el elemento subjetivo de justificación se encuentra perfectamente previsto en la ley, aplicándose respecto de él, las disposiciones referidas al delito consumado o a la tentativa, según que haya o no logrado el resultado previsto en el tipo” (p. 365). Pero contrario a lo anterior, para la solución propuesta por el autor, se señala en el mismo libro que “el Código Penal español no prevé ninguna solución específica para estos casos. Existe una verdadera laguna legal... Ante este panorama, en el sistema español, el único medio coherente para encontrar una atenuación de la pena es recurrir a la aplicación de una circunstancia atenuante por analogía” (pp. 406-407).

Como fácilmente se puede observar, en este punto de fundamentación no es claro el autor. O quizá mejor: no existe coherencia entre lo uno y lo otro. Pues si se trata de aplicar por analogía las reglas de tentativa, no existe laguna legal. Pero si, en cambio, se trata de la solución por él propuesta, sí existe dicho vacío en la ley, motivo por el cual, en este último caso, sí sería posible acudir al uso de la solución analógica, si bien mediante la aplicación de una circunstancia de atenuación punitiva.

D. *El funcionamiento de las causas de justificación. Sobre lo objetivo y lo subjetivo de las normas permisivas*, de la Editorial Ad-hoc (2008), es el texto de Maximiliano Rusconi. El mismo se corresponde en lo sustancial con la tesis doctoral que el autor defendió en el año 2007 en la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección del profesor Jaime Malamud Goti.

En este libro el autor hace una férrea defensa de la posición minoritaria, esto es, la postura exclusivamente objetiva, para la cual no es necesario que concorra el elemento subjetivo para el reconocimiento de la causal de justificación, bastando por tanto con la sola presencia de los elementos objetivos. El punto de partida, en consecuencia, es totalmente opuesto a la argumentación utilizada por De La Fuente.

Esto vendrá a ser así a partir de distintos argumentos que igualmente son descritos en esta segunda obra en pos de la tesis objetiva de justificación. V.gr.: criterios de *lege lata* como sucede en la legislación italiana, donde expresamente existe una norma que señala que basta con el componente objetivo de la causa de justificación para el reconocimiento pleno de ésta. El fundamento material de las causas de justificación es una buena razón que, según el autor, existe a favor de esta otra solución. Finalmente, los esquemas causalistas del delito de principios de Siglo XX serían un tercer argumento que se describe en la obra, para los cuales no era necesario el estudio de elementos subjetivos a nivel del injusto penal, ni para su configuración o enervación (cfr., pp. 213 a 236).

Luego de ocuparse del origen histórico del problema, conforme al tratamiento dispensado al mismo por las distintas escuelas del delito, Rusconi contrasta uno a uno los distintos argumentos de las tesis mayoritarias que exigen el elemento subjetivo para el reconocimiento de la norma permisiva; tarea que emprende después de describir así mismo la naturaleza en sí del problema en cuestión. Con posterioridad a este recorrido, el autor se ocupa de examinar las distintas tesis objetivas que rigen en materia de justificación para, finalmente, analizar dicha temática a la luz del derecho penal argentino, no sin antes sentar su posición con base en no pocos argumentos adicionales a favor de las tesis objetivas: la misión de protección de bienes jurídicos, la función comunicativa de las normas permisivas, el camino del delito putativo, el mismo principio del acto, etc.

En palabras del mismo autor, “se trata no de una defensa sistemática del objetivismo, sino, en todo caso, de una defensa de filosofía política: como límite a la tendencia expansionista del control penal. Como luego lo repetiremos: el castigo por ausencia de una determinada dirección de voluntad es la peor versión de cualquier violación al principio cogitationis poenam nemo patitur. Se habilita el poder penal del Estado por aquello que no se manifiesta subjetivamente... un cuadro de imputación difícilmente sostenible” (p. 227).

Como con meridiana claridad lo destaca Rusconi, la polémica ha radicado, primordialmente, alrededor de argumentos de puro rigor sistemático. Principalmente, desde posturas que enfatizan en el aspecto del desvalor de acto o de resultado, ora en su respectiva ponderación, o bien dependiendo de las distintas sistemáticas que se han elaborado con ocasión del estudio analítico del delito.

Pero más allá de los argumentos dogmáticos que se han ensayado sobre este específico tema, vale la pena cuestionar, como lo hace Rusconi, si la exigencia del conocimiento, de los motivos, de los propósitos, de las intenciones o de las razones para reconocer los efectos de las causas de justificación, es en verdad una exigencia de tipo jurídico o si, por el contrario, se trata de un argumento ético subrepticamente introducido dentro del estudio racional de la teoría del delito. “¿Es razonable –se pregunta Rusconi- que exijamos una justificación moral de acciones que no han significado, en términos de la integridad de las ecuaciones de administración de los intereses en juego, ninguna desventaja?” (p. 87).

En verdad, la exigencia de esas intenciones, ánimos, propósitos de defensa, como se les quiera llamar, implican más una valoración del carácter *moral* del sujeto y por tanto van mucho más allá de un simple argumento de lógica jurídica. Al derecho le ha de bastar con el estado valioso que se erige a partir de una justificación meramente objetiva, la cual es suficiente para la reafirmación misma del ordenamiento jurídico y para el bien común en sí mismo estimado. Por ello es políticamente inadmisibles cualquier tipo de exigencia que haga referencia al estado mental de la persona al momento de concurrir el aspecto objetivo de la referencia, so pena de confundir el

Derecho con la moral al procurar el perfeccionamiento individual en sí mismo de la persona.

En este orden de ideas, estimase correcto, desde una perspectiva liberal, explicar el problema de la referencia a partir de la idea de que los tipos permisivos (las causas de justificación) se edifican teniendo como norte su configuración estrictamente *objetiva*, como lo propone Rusconi, pues en estos casos se está en presencia de conductas lícitas, completamente permitidas por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, el reconocimiento de las causales de justificación estaría fundado en el ejercicio del derecho de libertad, tratándose como en efecto se trata de conductas que se encuentran dentro del ámbito de lo permitido, independientemente del estado mental del sujeto al momento de su realización. Quizá mejor: el daño o lesión que sufre un bien jurídico como consecuencia de haber obrado bajo los presupuestos objetivos de un tipo permisivo, no está comprendido dentro de aquellas conductas que quiere evitar o desestimular el legislador al momento de redactar los tipos penales. Como lo precisa ZAFFARONI, “cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de derecho; nadie tiene por qué conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de los derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo”<sup>1</sup>.

Conforme a lo anterior, colígese que no es correcto, en términos de política criminal, exigir el llamado elemento subjetivo para el reconocimiento de las causas de justificación, so pena de confundir la regulación del fuero externo con el interno, el bien común con el perfeccionamiento de los individuos, el Derecho con la moral. Aunque lo cierto es que los defensores de la tesis subjetiva señalan que la exigencia del elemento subjetivo no es inconstitucional. En efecto, según de La Fuente, “recurrir –como estimo correcto- a las intenciones o a la esfera interna del autor para deducir la licitud o ilicitud de un comportamiento no resulta contrario –como algunos creen- a un sistema liberal que adopta un ‘Derecho Penal de acto’ en contraposición a un ‘Derecho Penal de autor’. Así como para fundamentar lo injusto típico es imprescindible tomar en consideración, no sólo el hecho exteriorizado, sino también la esfera interna del autor (intención, móviles, etc.), el mismo criterio debe regir al momento de resolver la posible exclusión de la ilicitud como consecuencia de la concurrencia de una causa de justificación” (p. 76).

1 *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, p. 573. Más adelante señala este mismo autor: “La única posibilidad de requerir los elementos subjetivos de la justificación es hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el *animus* desobediente a la *voluntad del estado*: por esta vía se llega a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el consiguiente derecho a exigir obediencia al súbdito”.

Con todo, ha de replicarse a este aserto que la exigencia de elementos subjetivos para verificar la ocurrencia de un ilícito penal se explica no solamente a partir de argumentos dogmáticos. También ello tiene fundamento en el principio de responsabilidad por el hecho, con arreglo al cual se prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva o por la simple causación o producción física del resultado típico. Este principio, como es sabido, encuentra su consagración en materia penal al ser entendido como un límite a la intervención punitiva. Distinto sucede, en cambio, frente a los tipos permisivos, en cuyo caso no es políticamente admisible establecer límites de corte subjetivo para el reconocimiento de los efectos liberadores de sanción penal, excepto por un simple prurito de corte dogmático, lógico o sistemático como sucede con los autores que acuñan esta teoría con base en un concepto de injusto personal o simplemente con fundamento en el desvalor de acción.