

AUSENCIA DE ELEMENTO INTERNO EN UNA CAUSA DE LICITUD



María Cruz Camacho Brindis *

¿Qué pasa con el médico que practica un aborto sin saber que se dan en la embarazada los presupuestos objetivos de una indicación médica que justifica la interrupción del embarazo, o con quien mata por venganza a un hombre sin saber que la víctima había apuntado ya por su parte la escopeta sobre él? Estas preguntas van orientadas a plantear la problemática que surge cuando a pesar de no existir una voluntad dirigida a la realización de la causa de licitud (justificación); sin embargo sí existe el elemento externo, objetivo, que da origen a la situación de necesidad, aunque el autor actúe desconociéndolo. ¿Basta para justificar una acción con que el autor alcance un resultado permitido socialmente, o se necesita, además, que el autor dirija su voluntad a la realización de tal permisión?

Las soluciones que se dan a estos casos son diversas y van desde el castigo penal por delito de tentativa, por delito de consumación, o bien, por la no aplicación de castigo penal alguno. El problema es, si toda causa de justificación debe forzosamente basarse en un elemento objetivo (externo), como lo es el actuar en la realidad conforme a derecho y en otro subjetivo (interno) consistente en la voluntad de llevar a cabo la permitida salvación de bienes

jurídicos, o bien, si es válido prescindir de este último elemento. ¿Qué pasa si el sujeto no conoce un elemento objetivo de justificación existente en la realidad? Por eso es necesario precisar cada una de estas soluciones abordando, por supuesto, cuestiones previas que sirvan para esclarecer la problemática planteada y con ese fin se exponen algunos puntos de vista de autores que la han estudiado. Así Jescheck, Maurach, Welzel, Mezger, Sauer, Straten werth, Hippel, Porte Petit, Silvela, Córdoba Roda. Esto se presenta bajo el rubro "Teoría tradicional". Más adelante se expone una "Toma de posición".

1. TEORÍA TRADICIONAL

1.1 Cuestión previa

Una causa de licitud consta de dos elementos. Un elemento objetivo (externo), consistente en una actividad típica racionalmente necesaria para la salvación o defensa de un bien jurídico y, de un elemento subjetivo (interno) de la finalidad de defensa o salvación de bienes jurídicos, lo que en definitiva es dirigir la voluntad a una meta socialmente estimable. Los dos elementos concurren simultáneamente.

* Profesora del Departamento de Derecho, Universidad Autónoma Metropolitana.

1.2. Jescheck

Jescheck sostiene que para la opinión dominante una conducta no puede estar justificada con sólo los presupuestos o elementos objetivos de la causa de justificación porque el autor debe haber conocido la presencia de la situación justificante del hecho. Y así, hay quienes centran su atención en la dirección de la voluntad del autor como requisito para desaparecer el desvalor de la acción. Y también hay la opinión de quienes ante la ausencia de estos elementos subjetivos de justificación pugnan por la solución de la tentativa.⁽¹⁾

Jescheck optó por la aplicación de las reglas correspondientes a la tentativa: "Ciertamente, debe admitirse que el tipo del precepto penal se realiza en su totalidad, incluido el resultado, pero éste, a causa de la situación de justificación que objetivamente concurre, no resulta desvalorado por el ordenamiento jurídico... se da, así, la situación jurídica correspondiente a la tentativa, ya que no puede mediar diferencia alguna en orden a la antijuricidad entre el supuesto de que el resultado típico falte en cuanto tal y el de que, aun produciéndose, no pueda ser valorado como injusto".⁽²⁾

De tal suerte que la ausencia del ánimo de salvación de bienes jurídicos por desconocimiento de la objetiva situación de necesidad, no es idónea para eliminar lo antijurídico de la conducta, pero sí ejerce influencia para hacerlo con el efectivo resultado material que, aunque presente realmente (dato objetivo), no es relevante para configurar una consumación. Para Jescheck, el médico que practica un aborto sin saber que se dan en la embarazada los presupuestos objetivos de una indicación médica que justifica la interrupción del embarazo, debe ser castigado únicamente por tentativa de aborto.⁽³⁾ Es decir, que la situación de justificación que objetivamente concurre carece de total relevancia para eliminar el delito de tentativa y en consecuencia su castigo.

Una posición equilibrada la de Jescheck, un punto medio, pero que aún no deja satisfecho el planteamiento inicial.

1.3. Maurach

Para Maurach la cuestión referente a si toda causa de justificación debe basarse en un elemento objetivo y en otro subjetivo, o si puede renunciarse, en principio, a este último, se encuentra aún lejos de solución y señala la controversia existente entre las teorías y, es precisamente, al dirigirse a la respuesta del pensamiento causal que encontramos su punto de vista

El pensamiento causal basa el valor o desvalor de una acción típica en el resultado y con ello se conforma, sin que sea necesario preguntar lo que perseguía con su obrar el sujeto de la conducta. Pero esto para Maurach no es suficiente, pues para el sujeto subsiste el desvalor de la acción, sin que pueda invocar una causa de justificación, tornándose así responsable penalmente porque el sujeto lo que quería era un resultado desvalorado: "...la circunstancia de que el resultado típico se presente de modo casual como evento socialmente aprobado, no podrá eximir de responsabilidad al autor; para su representación no desempeñaba ese resultado papel alguno, el sujeto quería tan sólo el resultado configurado como desvalor en virtud de la tipificación, sin tomar en cuenta la posibilidad ni pretender que ese evento, en el caso concreto, desplazara el indicio de injusto por la presencia de un elemento objetivo de justificación (conservación de la vida de la madre, o defensa no provocada frente a un ataque). Para tal autor subsistirá el desvalor de la acción, sin posibilidad de invocar causa de justificación alguna".⁽⁴⁾

Maurach sostiene que la solución debe orientarse hacia el delito doloso consumado y por supuesto no es un hecho justificado penalmente y tampoco admite tentativa. Así lo expresa en la siguiente idea: "Si el autor no conoce un elemento objetivo de justificación existente en realidad, cometerá un hecho consumado antijurídico. Se debe descartar la hipótesis de tentativa... la antijuridicidad subsiste desde el momento en que tan sólo la congruencia entre las causas de justificación subjetivas y objetivas, esto es el actuar justo basado en la correspondiente voluntad, puede desvirtuar el indicio derivado del tipo".⁽⁵⁾

Como se observa, no basta para la justificación de una acción con que el autor alcance un resultado valioso socialmente porque se requiere que el autor en ese mismo momento de acción integre en su voluntad la realización de ese resultado valioso, por ejemplo, la conservación de la vida de la madre o defensa frente a un ataque. Para Maurach, por encima de todo, subsiste el desvalor de la acción, sin posibilidad de invocar causa de justificación alguna, es decir, debe excluirse la tentativa porque el resultado típico existe de todas maneras.

1.4. Welzel

Para Welzel es indispensable la integración de elemento objetivo y subjetivo, descarta por completo la sola presencia del elemento objetivo: "Para la justificación de una acción típica no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación".⁽⁶⁾

1 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, vol. 1, p. 448.

2 JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 449.

3 *Ibidem*.

4 MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. J. Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 369.

5 MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 375.

6 WENZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª. Ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 121

Para él, la legítima defensa y el estado de necesidad no pueden ser reconocidos jurídicamente como lícitos si el autor desconoce la agresión actual o el peligro actual y no tiene la voluntad de defensa o de salvación. Respecto a esa voluntad apunta: "Si faltare el uno o el otro elemento subjetivo de justificación, el autor no queda justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación" (7)

No resulta amparada por el ordenamiento jurídico la conducta del sujeto que, sin saberlo, se anticipó a una agresión actual, precisamente por carecer de una voluntad de defensa, porque el que se defiende tiene que conocer la agresión actual y tener la voluntad de defensa,(8) o si se da objetivamente el estado de necesidad de un aborto, pero el sujeto no lo conoce o no persigue al fin de salvación, el hecho será antijurídico por falta del elemento subjetivo de justificación.

1.5. Mezger

Mezger, en un principio, en su *Tratado de derecho penal*,(9) rechazaba el elemento subjetivo y afirmaba que no es necesario que el autor conozca los elementos objetivos de la justificación —la agresión actual o el peligro, actual— como tampoco lo es que no tenga la voluntad de defensa o de salvamento: "El concepto de la defensa es independiente de elementos subjetivos, la realidad de la existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación externa, no según la situación interna del sujeto".(10) Y defiende esta importancia cuando expone el caso de un cazador que mata a su enemigo con un tiro de fusil y posteriormente se demuestra que en el momento en que lo hizo, se disponía, el que resultó muerto, a disparar sobre él. Caso que Mezger resuelve como ubicable en la legítima defensa: "Lo que decide es la situación objetiva de legítima defensa y la defensa objetivamente dirigida contra la agresión"."

Mezger también se pronunció, en un principio, en contra de aquellos que afirman que los elementos subjetivos precisan ser mencionados de modo indudable por la ley para que se les pueda admitir y así lo expresó en la legítima defensa: "... ya que la partícula 'en', que constituye la base de la argumentación expuesta, aparece en otros pasajes del Código y no precisamente en el sentido de la intención: Por todo ello debe negarse que la legítima defensa suponga en nuestro Código un elemento



subjetivo y lo mismo es aplicable a las otras causas de justificación".(12)

Posteriormente cambia este punto de vista en su *Derecho penal*, Libro de Estudio, pero llama la atención sobre sus primeras ideas: "El Lehb ha intentado determinar el concepto de la defensa externamente, tomando en cuenta la situación objetiva más exactamente (Grd) y de acuerdo con las sentencias 54, 1996 y 60, 261, del Tribunal del Reich, se podrá afirmar una defensa en el sentido del párrafo 53, párrafo 2, solamente si existe, en la acción, una voluntad de defensa" (13)**

Este cambio de posición es totalmente opuesto, se podría calificar de extremo y sin siquiera encontrar una argumentación nueva que, aunque llegue al nuevo punto de vista, le permitiera distinguir lo de los demás autores que centran su atención en la necesaria presencia de



12 La teoría tradicional considera el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico como una causa que elimina la antijuridicidad del acto, y Mezger así lo expresa cuando afirma que éste produce sus efectos objetivamente sin tener en cuenta el conocer o el deber de conocer del sujeto activo: "...el que abre una carta dirigida a otro no puede ser castigado si el destinatario había prestado su consentimiento, aunque el sujeto activo nada supiera de ello" (MEZGER, Edmundo, *ob. cit.*, en nota 9, p. 345).

* *Código penal alemán.*

13 MEZGER, Edmundo, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de la 6a. edición alemana (1955) por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 139.

**Lehb: Mezger, Edmundo, *Derecho penal*, tratado. Grd: Mezger, Edmundo, *Derecho penal alemán. Compendio.*

7 WELZEL, Hans., *ob. cit.*, p. 122.

8 *ibid.*, p. 124.

9 MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 2a. ed. alemana (1933) por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, tomo I, Serie C, vol. 12, 1935.

10 MEZGER, Edmundo, *ob. cit.*, en nota 9, p. 384.

11 *Ibidem.*



los elementos subjetivos. Esto se demuestra en la siguiente aseveración: "En el Lehrb la defensa ha sido determinada en forma objetiva, vale decir independientemente de los elementos subjetivos... por lo cual sería decisiva sólo la situación externa, pero no lo sería el conocimiento del ataque, ni la existencia de una intención de defensa... en cambio el Tribunal del Reich requiere una voluntad de defensa a fin de que pueda admitirse una defensa... ya hemos adherido a dicho criterio —abandonando, según consta en el Grd, el sustentado en el Lehrb— y lo seguimos manteniendo"⁽¹⁴⁾

Mezger coincide con la línea subjetiva en que la intención de salvar bienes, borra antijuridicidad a la conducta y aunque no le aporta nada nuevo a la solución sustentada por la mayoría, es importante destacarlo. Así: "Por consiguiente es necesaria una voluntad de defensa como causa subjetiva de justificación; de ahí se deduce que dado el caso, la exclusión de la antijuridicidad es referida 'personalmente', y que en la misma situación externa, uno (el que actúa con voluntad de defensa) está justificado y otro (que actúa sin tener tal voluntad) puede actuar antijurídicamente"⁽¹⁵⁾

En el estado de necesidad también menciona la modificación y resalta la importancia del ánimo de salvación:

14 MEZGER, Edmundo, *ob. cit.*, en nota 13, p. 170.

15 *Ibidem*.



"... esta locución señala, en primer término, el fin objetivo, la meta objetiva de la acción. Pero tal como ocurre en el caso de la legítima defensa también aquí (en sentido diferente nos hemos expresado en el Lehrb), se debe exigir una correspondiente actitud subjetiva".⁽¹⁶⁾

Las intenciones para lesionar bienes jurídicos, ahora Mezger las desvalora, aun cuando ellas lleven implícita la salvación de otros bienes jurídicos. Ahora reduce el ámbito de aplicación del estado de necesidad (parágrafo 54 del Código Penal Alemán), sólo a aquellas conductas salvadoras de bienes jurídicos pero "buenas" desde la óptica del sujeto que quiere cumplir con lo que le es permitido por el ordenamiento jurídico: "... puede invocar el parágrafo 54 solamente el que quiere, con su acción, salvarse de un peligro, y no el que sólo pretende con su acción, perjudicar a otros..."⁽¹⁷⁾

1.6. Sauer

Sauer no concede una importancia determinante a los elementos subjetivos: "Con la determinación de las causas de justificación es puesta de manifiesto también fundamentalmente la juridicidad de la acción... regular mente no es necesario que el que actúa sea consciente de esta autorización... lo cual quiere dar a entender la naturaleza eminentemente objetiva de las causas".⁽¹⁸⁾

También estudia la legítima defensa, en la que resalta un querer y un saber llamando la atención sobre el análisis del elemento subjetivo en cada caso: "Sin embargo, la naturaleza propia de las causas de justificación, por ejemplo de la conducta en legítima defensa puede determinar una exigencia tal del saber y del querer... la importancia de este carácter subjetivo se ha de investigar separadamente en cada causa de justificación, lo cual no se ha hecho hasta ahora la mayoría de las veces..."⁽¹⁹⁾

Más adelante aparece en Sauer cierto desconocimiento de los elementos subjetivos, impresión que da cuando califica la exigencia de tales elementos de exagerada tendencia propia de la teoría finalista, dejando ver así, cierta posición crítica ante la presencia de tales elementos en la justificación de una conducta: "Por lado sería ir demasiado lejos exigir fundamentalmente un elemento subjetivo de justificación, un equivalente de los elementos subjetivos del injusto. Especialmente falta la antijuridicidad, incluso si el autor no conoce el resultado útil esto es una consecuencia imposible de la doctrina finalista de la acción que es sustentada por Maurach..."⁽²⁰⁾

En suma, Sauer deja clara su oposición respecto a que la presencia de los elementos subjetivos justifique un

16 *ibid.*, p. 270.

17 *Ibidem*.

18 SAUER, Guillermo, *Derecho penal. Parte general*, trad. por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1955, p. 187.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

comportamiento que ya, desde el plano objetivo, no ofrece dudas de su carácter lícito.

1.7. Stratenwerth

Stratenwerth pone de relieve la presencia de los elementos subjetivos de justificación, ya que a través de circunstancias solamente objetivas desconocidas por el autor, no hay exclusión completa de lo ilícito. Se puede excluir lo ilícito del resultado, pero no el contenido de la acción del sujeto: "El conocimiento seguro de la situación objetiva de justificación resulta, por tanto, siempre suficiente, como elemento subjetivo de justificación".²¹ Ejemplifica con el caso del sujeto que dispara sobre un gato ajeno, sin darse cuenta que éste procura comersé un pez de su pecera.

Además, cuestiona a quienes se oponen a la solución jurídica de la tentativa, haciendo notar que el desvalor de la acción depende sólo de la intención que conlleva la acción del autor y no del resultado: "...debe preferirse la aplicación de las reglas vigentes para la tentativa... en relación al contenido de ilicitud del hecho, la tentativa y la realización del tipo justificado sólo objetivamente coinciden en lo esencial: en ambos casos se da el desvalor de la acción pero no del resultado..."⁽²²⁾

1.8 Hippel

Para Hippel lo determinante es el resultado de un modo puramente objetivo: "Por Hippel se rechazará, en términos generales, la necesidad de tomar en consideración los elementos subjetivos de justificación"⁽²³⁾

1.9 Porte Petit

Para Porte Petit es indispensable la presencia de los elementos subjetivos para que una conducta típica quede amparada por el ordenamiento jurídico, y considera que es precisamente en el texto legal de la legítima defensa, en que la partícula "en" constituye la base de su argumentación y que esta causa de licitud supone en el Código Penal del Distrito Federal un elemento subjetivo: "El Código Penal en su fracción del artículo 15, establece que son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, obrar el acusado en defensa..., lo que nos lleva a la consideración que el mencionado precepto exige para que exista la legítima defensa, el ánimo *defendendi*"⁽²⁴⁾

21 STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, El hecho punible, trad. Glayds Romero, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 157.

22 STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 158.

23 HIPPEL, V., citado por Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, *ob. cit.*, p. 369.

24 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, I, 13a. edición, Porrúa, México, 1990, p. 428.



Además de fundamentar la justificación de una conducta en la necesaria presencia de elementos subjetivos, Porte Petit afirma que en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustenta el mismo criterio:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el móvil de la conducta del reo notoriamente no fue la defensa legítima, en la que existe el ánimo de rechazar la agresión, si en dicha conducta influyó sólo la venganza (*Semanario Judicial de la Federación*, CXI, p. 2069).

La aseveración del reo de no recordar haber hecho el disparo, ni haber tenido el propósito de disparar con la finalidad de ahuyentar o contrarrestar la gravedad de una agresión da a entender, tácitamente que no obró al influjo de un propósito de contrarrestar la gravedad de una agresión y, por lo tanto, no se operó la circunstancia subjetiva esencial, constituida de la legítima defensa. (*Semanario Judicial de la Federación*, CXIX, p. 3273).

Por todo ello para Porte Petit no debe negarse que la legítima defensa supone en nuestro Código un elemento subjetivo y, lo mismo, es aplicable a otras causas de licitud, como en el Estado de Necesidad: "El requisito de la necesidad exigido en la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, implica en el titular de esta causa de justificación, un particular ánimo: el *animus conservations*"



25 PORTE PETIT, Celestino, *ob. cit.* p. 446.



1.10 Silvela

Para Silvela una conducta es antijurídica cuando falta el elemento subjetivo de justificación a pesar de estar presente el objetivo. Para él es clara esta solución: "Es pues el Derecho una forma del Bien, en cuanto éste aparece como supuesto para el fin, que no puede ser llenado sin el auxilio y la ayuda que le presten determinadas condiciones. Para que exista es, por tanto, preciso una acción o una omisión dependiente de la voluntad, buena en sí misma... no es posible que la perturbación jurídica sea de naturaleza diversa del derecho mismo y de aquí: primero, que ha de consistir en actos del espíritu..., por esto el Derecho, como un orden ético, sólo puede ser quebrantado por actos de la libre voluntad".⁽²⁶⁾

1.11 Córdoba Roda

Otro punto de vista lo es el de Juan Córdoba Roda: "... para la apreciación de una causa de exclusión del in justo resulta necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de justificación"⁽²⁷⁾. Además, afirma que la ley y la

26 SILVELA, Francisco, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, Madrid, 1874, p. 53, citado por Juan Córdoba Roda en sus notas en la traducción del *Tratado de Derecho Penal* de Reinhart Maurach, *ob. cit.*, en p. 371.

27 CORDOBA RODA, Juan, en sus notas a la traducción del *Tratado de derecho penal* de Reinhart Maurach, *ob. Cit.*, en nota 4, p. 371.



jurisprudencia destacan este requisito en el estado de necesidad y en la legítima defensa. Así lo expresa con lo dicho por el Tribunal Español⁽²⁸⁾

Para ser estimada total o parcialmente esta eximente, es indispensable que... se demuestre que al herir o matar el acusado se propuso defender su vida (Tribunal Supremo, sentencia 7 de abril de 1920).

Para Córdoba Roda el elemento subjetivo está puesto de relieve por la ley, pero con independencia de la ley, está convencido de su presencia para justificar una conducta. "Esta afirmación, además no dejaría de ser cierta aun cuando en la ley no se hubiera dado un particular realce, una expresión ('impulsado', 'en') a esos elementos subjetivos de justificación"⁽²⁹⁾ Además, se pronuncia en contra de establecer la separación entre derecho e injusto sólo con arreglo a puntos de vista objetivos.

1.12. Soluciones

Las soluciones mostradas se mueven en tres direcciones: delito de tentativa, delito doloso consumado y justificación de la conducta cuando falta la voluntad dirigida al ejercicio de la salvación de bienes jurídicos. Esto es importante dada la punibilidad que las distingue.

2. TOMA DE POSICIÓN

La opinión dominante se inclina para solucionar los ejemplos expuestos por desconocer que es suficiente el elemento externo de necesidad de salvar bienes jurídicos, exigiendo, además, la integración de los subjetivos; así, cuando el autor despliega una conducta salvadora de bienes jurídicos, debe hacerlo con conocimiento de ello, de no ser así su conducta se torna antijurídica.

Lo importante ahora es demostrar que tal argumentación es inadecuada. Para ello es necesario precisar algunas cuestiones terminológicas propias de un marco teórico: el modelo lógico. Se hace necesario para una adecuada exposición del tema.

2.1. Consideraciones previas

Un sujeto no tiene necesidad de concretizar el tipo legal cuando no va a salvar un bien jurídico y tiene otra alternativa de actuación no lesiva ó menos lesiva.

La teoría del modelo lógico se mueve en dos niveles: el nivel normativo, que consiste en descripciones generales

28 *Ibid.*, p. 372

29 *Ibid.*, p. 374.

y abstractas formuladas por el legislador, y el nivel tático, en el que aparecen los hechos particulares y concretos denominados delitos y que son cometidos por los sujetos activos.

En el nivel normativo se encuentra precisamente el tipo legal: "Es una figura elaborada por el legislador descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos"⁽³⁰⁾ "Este contenido es reductible a unidades logicojurídicas denominadas elementos y son los siguientes:

TIPO LEGAL⁽³¹⁾

Deber jurídico penal

Elemento:

N= Deber jurídico penal

Bien jurídico

Elemento:

B= Bien jurídico

Sujeto activo

Elementos:

A₁ = Voluntabilidad

A₂ = Imputabilidad

A₃ = Calidad de garante

A₄ = Calidad específica

A₅ = Pluralidad específica

Sujeto pasivo

Elementos:

P₁ = Calidad específica

P₂ = Pluralidad específica

Objeto material

Elementos:

M = Objetivo material

Kernel

Elementos:

J₁ = Voluntad dolosa

J₂ = Voluntad culpable

I₁ = Actividad

I₂ = Inactividad

R= Resultado material

E= Medios

G = Referencias temporales

S = Referencias espaciales

F = Referencias de ocasión

30 ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico-jurídico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, México, 1982, p. 15.

31 ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, en nota 30, pp. 15 y 16.



Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Elementos:

W₁ = Lesión del bien jurídico (tipo de consumación)

W₂ = Puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa)

Violación del deber jurídico pena

Elemento:

V = Violación del deber jurídico penal.

Precisamente dos de estos elementos interesan a nuestro análisis: una prohibición y una violación de esa prohibición. Respectivamente: deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal.

Deber jurídico penal: "prohibición o mandato categórico contenido en un tipo legal"⁽³²⁾

Violación del deber jurídico penal: "oposición, al deber jurídico penal de la conducta que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva",⁽³³⁾

El deber jurídico y su violación necesariamente están determinados en el tipo. Los dos son la valoración legal de un evento antisocial descrito. Es decir que, la actividad o inactividad dolosa o culpable que, sin necesidad lesiona

32 *Ibid.*, p. 18.

33 *Ibid.*, p. 39.





o pone en peligro al bien tutelado se opone al deber que está dado en el tipo, he ahí su contenido de prohibición.

Respecto a la violación del deber jurídico penal —que es precisamente el punto de partida de este análisis— en el modelo lógico se le ha dado esta denominación en lugar del término "antijuridicidad". De igual forma se le ubica en el nivel normativo (tipo) y en el nivel fáctico (delito): "... en el modelo se opta por cambiar la denominación de esta materia: en vez de la palabra "antijuridicidad" se emplea la expresión "violación del deber jurídico penal". Esta denominación es la más acorde con el marco teórico del modelo lógico... la violación del deber jurídico penal, considerada como mera descripción dada por el legislador, es un elemento del tipo. En cambio, la particular y concreta violación del deber jurídico penal es un elemento del delito".⁽³⁴⁾

En el nivel delito se exige que todos y cada uno de los elementos del tipo legal se den en la realidad, existiendo correspondencia unívoca uno a uno entre tipo y contenido del delito. Dándose de esta forma la tipicidad: "... para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción".⁽³⁵⁾

34 ISLAS, Olga, "La antijuridicidad", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXI, septiembre-diciembre, 1981, núm. 120, UNAM, México, pp. 766 y 767.



Lo contrario, genera una atipicidad y no habrá delito.

2.2. Ubicación de la problemática

Es precisamente en el nivel delito (fáctico) que se ubica la problemática que da motivo a este análisis.

Cuando el sujeto no tiene necesidad de concretizar un tipo legal porque no va a salvar bien jurídico alguno, entonces la realización de la conducta que lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos es violatoria del deber jurídico penal, excepto cuando esa misma conducta está ordenada o permitida por una norma jurídica. De tal forma que el sujeto no viola el deber jurídico penal cuando esa conducta está ordenada o está permitida. De aquí surgen precisamente las causas de justificación sustentadas en la necesidad de salvar un bien jurídico que se encuentra en peligro de ser lesionado.

Por tanto cuando el sujeto tiene necesidad de concretizar un tipo legal porque va a salvar un bien jurídico y no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva, surgen las causas de justificación (licitud).

La causa de justificación o licitud tiene dos elementos: uno interno y otro externo. Por ejemplo, en la legítima defensa, el primero es un ánimo de defensa y el segundo, es la actividad típica defensiva; y en el estado de necesidad la acción salvadora tiene un ánimo de salvación y una actividad típica racionalmente necesaria para la salvación del bien.

La causa de licitud tiene por efecto anular la violación del deber jurídico y, por tanto, el delito, no hay delito.

2.3. Toma de posición

El problema, ahora, es determinar si el elemento externo (objetivo) de la causa de licitud, sin la coexistencia del elemento interno, basta para justificar la conducta no haciéndola violatoria del deber jurídico penal; en consecuencia, haciendo inexistente el delito.

La hipótesis de trabajo es la siguiente:

Una conducta típica externamente racional y necesaria para salvar bienes jurídicos que no va acompañada de un ánimo de salvación, es plenamente lícita y no viola el deber jurídico penal. Por tanto es inexistente el delito.

Se aclara, ni delito de tentativa, ni delito doloso consumado.

Cuando un sujeto desconoce que su actividad típica es racionalmente necesaria para salvar bienes, a pesar de que se conduzca con dolo, su conducta se torna lícita. Pensemos en el siguiente ejemplo:

Ejemplo: "A", sin intención de matar, dispara contra "B" por venganza, hiriéndole levemente, sin saber que "B", ya había apuntado su arma hacia

35 ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *op. cit.*, en nota 30, p. 44.

él para matarlo. Como consecuencia de la acción de "A", "B" suelta su arma de inmediato.

"A" causa lesiones. De acuerdo con la teoría tradicional, serían lesiones dolosas consumadas, totalmente antijurídicas.

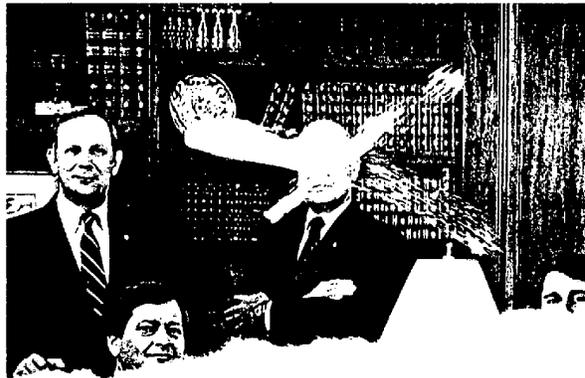
De acuerdo a la hipótesis de trabajo, "A" ha desplegado una actividad típica defensiva y necesaria para salvar su vida de una agresión antijurídica. Se han dado todos los requisitos del elemento externo de una causa de licitud y, a pesar de que al autor le faltó el ánimo de defensa, ¿por eso debe considerársele al sujeto "A" como agresor y el sujeto "B" su víctima?

En realidad el sujeto "B" es autor de una agresión sin derecho, concretamente de un delito de tentativa de homicidio, en que ha realizado actos (apuntar el arma) en caminados directa e inmediatamente a consumar un delito (matar) pero por causas ajenas a su voluntad, éste no se consuma (la lesión leve que "A" le causa). El sujeto "B" ha puesto en peligro la vida de "A", realizando así una agresión sin derecho que se requiere en la legítima defensa. "B" es el agresor y "A" ha realizado los actos idóneos para salvar su vida porque el contenido de la agresión es, precisamente, el ataque doloso a la vida del sujeto "A". Y este acto salvador de un bien jurídico es obviamente la lesión inferida a "B", que no lo convierte en sujeto pasivo de lesiones por estar justificadas. En el sujeto "B" hubo comienzo de ejecución en una actividad inacabada que, como ya se apuntó, constituye una agresión sin derecho y es punible.

Confirmada la agresión sin derecho por parte de "B", es incuestionable la conducta justificada de "A", ya que su vida, como bien jurídico, tiene prioridad sobre el bien jurídico de la integridad física de "B", sujeto atacante. Y la teoría tradicional al no justificar el comportamiento de "A", por la multicuada ausencia de elementos subjetivos, está concediéndole mayor valor a la integridad física de "B" que a la vida de "A". El ordenamiento jurídico no debe proteger más al agresor que al agredido, aun cuando éste desconozca que lo es. De donde resulta que las lesiones inferidas a "B", no son violatorias del deber jurídico penal.

Ahora bien, alguien podría argumentar en contra de esta solución que, la agresión constitutiva de legítima defensa requiere no haber sido provocada por el agredido, es decir que, en ese momento de la agresión-defensa, el agredido no realizó conducta alguna encaminada a producir la agresión. ³⁶ Y podría argumentar que "A", con su conducta típica de lesiones provocó la agresión de

³⁶ Por supuesto, que no se trata de la hipótesis de provocación mediata, en que la agresión no es consecutiva a ella, sino que media un intervalo de tiempo entre ambas; lo que para efectos de este análisis interesa es, precisamente, saber si la acción de "A", es una provocación inmediata.



"B", siendo así una provocación inmediata y en consecuencia no se está ante una legítima defensa.

Lo importante es destacar, primero, que el sujeto "A", desconocía que en el momento de su disparo ya se había iniciado un ataque doloso dirigido a privarle de la vida, es decir se daba una agresión actual*? y que existía una probabilidad elevada de lesión del bien jurídico.³⁷ Segundo, y más importante, que esta agresión de "B" ("B" apuntaba su arma para privarle de la vida), ya se había iniciado y la conducta típica del sujeto "A" (su disparo) fue apenas posterior. La acción de "B" no es consecuencia del disparo lesivo de "A" porque la acción de "B" es anterior, ya existía configurando una agresión. Y éste es precisamente el núcleo problemático de este análisis, en que un sujeto desconoce, a pesar de desplegar una conducta típica, que ya se ha iniciado una agresión contra él o un tercero y que, paradójicamente, esa conducta típica, la realiza de tal forma oportunamente que, se convierte en necesaria para salvar su vida, como en el ejemplo. Por lo expuesto se afirma que "A", actuó defensivamente, repeliendo una agresión actual y sin derecho y no provocada por él.

Y, en cuanto a la pregunta ¿actúa en legítima defensa quien mata por venganza a un hombre sin saber que la

³⁷ La que se tiene por iniciada y aún no concluida.

³⁸ Si la agresión es actual, el peligro también lo es.





víctima había apuntado ya por su parte la escopeta sobre el autor?⁽³⁹⁾ La respuesta es la misma. De lo que se trata es de destacar que cuando falta el elemento interno de una causa de justificación, no tiene ésta porque tornarse antijurídica o violatoria de un deber jurídico penal, sino es, precisamente, dar a entender que, para estos casos, la solución debe ser eminentemente objetiva. Así, quien mata sin saber que estaban a punto de darle muerte, no hace sino repeler una agresión actual y sin derecho. La realidad de la existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación externa en la que el dolo de homicidio no debe tener lugar, a pesar de que al defenderse realmente, el sujeto perseguía otros fines completamente distintos. Actúa en legítima defensa el que obra aun sin saber que es atacado.

2.3.1 .No se trata de un delito de tentativa ni de un delito doloso consumado

Como se vio, algunos juristas plantean para el problema expuesto, la solución de la tentativa.

La tentativa se da cuando el sujeto realiza actos encaminados directa e inmediatamente a consumir un delito, pero por causas ajenas a su voluntad éste no se consuma.

39 Ejemplo citado por MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 368.



Los seguidores de esta solución afirman que hay inicio de ejecución de homicidio (en los ejemplos expuestos al principio) que no se consumará porque el Derecho ya no protege la vida del agresor. El tipo del precepto penal se realiza en su totalidad, incluido el resultado, pero éste a causa de la situación de justificación que, objetivamente concurre no resulta desvalorado por el ordenamiento jurídico. La justificación tan sólo alcanza al resultado material, no a la actividad y a la voluntad dolosa que se tornan antijurídicas.⁽⁴⁰⁾

En esta solución no se toma en cuenta que el delito de tentativa es una puesta en peligro del bien jurídico y no se puede hablar de delito, cuando ha sido necesario salvar un bien jurídico de importante valor como lo es la vida.

Ahora bien, si ya no interesa ni la vida, ni la muerte del agresor porque se ha desvalorado el resultado material, qué fundamento tiene mantener la antijuridicidad de una voluntad dolosa y una actividad que, objetivamente, no ha sido interferida por causa alguna ajena a la voluntad del autor.

Consideremos lo siguiente: son antijurídicas o violatorias del deber jurídico penal, junto con los restantes presupuestos y elementos del delito,⁽⁴¹⁾ esa voluntad dolosa y esa actividad, cuando son idóneas para alcanzar la privación de la vida o la afectación de la integridad corporal (de acuerdo a los ejemplos expuestos), pero siempre y cuando no se hayan convertido en actividades dolosas racionales y absolutamente necesarias para repeler ataques antijurídicos, porque la actividad a pesar de ser dolosa, adquiere licitud, cuando es para salvar bienes jurídicos.

Como se ve, los seguidores de la tentativa, reconocen la licitud del resultado, lo justifican, sin embargo, no lo hacen con la actividad objetivamente defensiva, y si el resultado es desvalorado, ha sido por la existencia de una actividad típica racionalmente necesaria para la salvación del bien jurídico.

Entonces, de acuerdo a teoría tradicional, qué es lo que fundamenta a estos casos expuestos, como antijurídicos o violatorios de deberes jurídico penales. La respuesta está en el ánimo del autor, el tenía el ánimo de privar de la vida (dolo) y no el ánimo de salvar o defender bienes jurídicos. En este razonamiento: sanciónesele por esa intención de privar de la vida a otro. Y hemos llegado así al punto equivocado. Se sanciona por la verdadera intención que llevaba el autor, sin tomar en cuenta la verdadera y real necesidad de salvación. Con soluciones así, sólo se justifican los actos que salvan bienes jurídicos seguidos de buenas intenciones, no así los actos de salvación

40 Y esa actividad objetiva de justificación es la que tiene que ver con ello.

41 Los restantes presupuestos y elementos del delito son: deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo y su contenido, sujeto pasivo y su contenido, objeto material, resultado material, referencia temporal, especial y de ocasión y lesión del bien jurídico. Esto en la consumación ya que en la tentativa se elimina el resultado material, la referencia temporal y la lesión del bien jurídico.



de bienes jurídicos seguidos de malas intenciones. Se olvida que, a pesar de la exteriorizada voluntad dolosa, se aprecia la imposibilidad de violación del deber jurídico penal, sin tomar en cuenta que, las normas penales se formulan para la protección de bienes de interés social que se lesionan sin necesidad. Como este sujeto tenía un ánimo distinto, sanciónesele por ese ánimo (dolo) y de alguna, forma tómesese en cuenta que objetivamente concurrió la situación de necesidad como la causa ajena a su voluntad: grave error.

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad "queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (artículo 14-C). Siendo así, del artículo 12 del Código Penal, no se desprende la punibilidad para aquellos casos de inexistencia de violación del deber jurídico penal (inexistencia de antijuridicidad). Habla de delito, y cuando hay causas de licitud, éste no puede darse ni como delito de tentativa.

El principio de legalidad demuestra que un exclusivo derecho penal de autor basado en la peligrosidad tiene que fracasar porque no es posible que en un Estado de Derecho, el delito se refiera a las intenciones del autor, cuando es evidente una actividad racional idónea para la salvación de bienes jurídicos. El Derecho Penal sólo debe reaccionar frente a comportamientos que, al realizarse, aparezcan como innecesarios porque no se va a salvar bien jurídico alguno.

Respecto a la otra opinión que sostiene que estando completa actividad y resultado debe admitirse delito con sumado que, a pesar de carecer de un elemento subjetivo de justificación debe ser considerada punible, tampoco es aceptable. En ella no se toma en cuenta que la existencia de un delito requiere precisamente una violación del deber jurídico penal, por ser la actividad típica innecesaria cuando no se va a salvar bien jurídico alguno.

Considérese así que, en este análisis no se acepta ni el delito de tentativa, ni el doloso consumado. Se defiende la sola existencia de la actividad objetivamente presente encaminada a salvar bienes jurídicos. EL ordenamiento jurídico no puede reaccionar penalmente ante la salvación de bienes que se logra con el sacrificio de otros pero sólo de forma necesaria.

2.3.2. Inexistencia de delito en un aborto terapéutico cuando el autor carece del elemento interno

Las soluciones planteadas a este caso se orientan a la tentativa punible y al aborto doloso consumado.

Es cierto, en las causas de licitud no se presentan solamente elementos que pertenecen al mundo exterior, sino también a un cierto ánimo de justificación. ¿Pero, si se han dado esos elementos objetivos que han hecho del autor un defensor de bienes, aunque éste los desconozca y haya sido su deber conocerlos, si realmente salvó la vida de una mujer, si su actividad resultó no sólo oportuna si no necesaria y eficaz, qué caso tiene mantener la incriminación penal? La causa de licitud debe amparar la conducta del médico. El estado de necesidad contempla una salud amenazada por la continuidad del embarazo. Si finalmente la ha salvado, es irrelevante si el autor no conoce el elemento objetivo de justificación. No hay violación del deber jurídico penal. No hay delito.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

En virtud del principio de legalidad, en los casos planteados, el Derecho Penal sólo debe reaccionar frente a comportamientos que al realizarse aparezcan como lesivos para bienes jurídicos existentes. No así para aquellos en que, salvando bienes, el autor desconoce los elementos objetivos o externos de la justificación (la agresión actual o el peligro actual) y por ello carece de la voluntad de defensa o de salvación. Importa el aspecto objetivo de la acción, no el fin subjetivo del autor.

Cuando el autor carezca de esta voluntad de justificación debe imperar una perspectiva objetiva que sólo puede derivarse de un Estado social y democrático de Derecho, en donde las normas penales y su concreción sólo se basan en la tutela de bienes de interés social que se lesionan sin necesidad, en violaciones de deberes jurídicos que existen realmente legitimando la actividad jurídica penal.

El Derecho Penal no debe reaccionar ante hechos que no constituyen delito con la débil argumentación de que aparecen como actitudes anímicas contrarias al ordenamiento jurídico.