

Unidad 6

- Justificación.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

No obstante denominarse "causas de justificación" las que excluyen la antijuricidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito." Indebidamente se llaman causas de justificación, ya que si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

Cuando una conducta típica no es antijurídica, es lícita y por, tanto no hay delito; corresponde a las llamadas causas de justificación. Jiménez Huerta dice que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse y propone la denominación de circunstancias impositivas del nacimiento de la antijuricidad."

Se les ha denominado: Causas que excluyen la responsabilidad, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas del delito, circunstancias negativas de la antijuricidad, conductas típicas conformes a Derecho, causas de licitud.

Las causas de justificación excluyen la antijuricidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuricidad existente, sino que cancelan *ab initio* el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. Las causas de justificación son transitivas; los actos justificados son lícitos, y por consiguiente, quienes cooperan en un acto justificado, quedan cubiertos por su licitud. Los efectos de las justificantes son *erga omnes* (aprovechan a todos).

El acto justificado no irroga responsabilidad civil. Sólo en algún supuesto excepcional, como en la echazón, puede surgir un resarcimiento fundado exclusivamente en la equidad, en aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. No pueden existir legitimidades contrapuestas; no se puede ejercer la legítima defensa contra la acción justificada. No se pueden aceptar fundamentaciones subjetivas, sea que concluyan en la falta de peligrosidad en virtud de los motivos justificantes, o que identifiquen todas las causales como excluyentes del ilícito penal. Tampoco son aceptables las exigencias de un elemento subjetivo en las causas de justificación. El error o ignorancia en la ejecución de un acto lícito no puede excluir su licitud. Subjetivizar la justificación implica confundirla con la inculpabilidad.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

¿Sistema rígido o extensivo? Se plantea Carlos Fontán Balestra: "¿Las causas

de justificación legal constituyen un sistema rígido o es admitido aplicar un criterio extensivo? Nos decidimos, sin vacilaciones, por admitir la justificación extensiva, aunque la reservamos únicamente para los casos en que sean agotados los recursos para encontrar una valoración expresa en el ordenamiento jurídico, sea necesario recurrir a todas las manifestaciones de ese orden jurídico para decidir cuál es el valor relativo de los bienes en conflicto.

En realidad, es impropio llamar extensivo a este criterio, porque con él no se amplían, sino que se llenan, se completan, las pretensiones del Derecho, que el legislador no pudo llegar a plasmar en un tipo de licitud. Las excepciones que hacen aparecer como justificada una conducta típica (causas de justificación) no se encuentran tan solo en el Derecho Penal, sino también en otros ámbitos del Derecho.

No se actúa antijurídicamente cuando la acción aparece justificada por cualquier otro Derecho. Esto nos dice que en los problemas de la exclusión del injusto también es de relevancia para el Derecho punitivo el total ordenamiento jurídico.

Fernando Castellanos Tena dice que: "la eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la Ley y a veces aun es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca ésta por causas especiales, mientras la misma Ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que puede anular sus efectos.

Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser ésta el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal". Según Hans Welzel las causas de justificación no excluyen la tipicidad de una conducta, sino solamente su antijuricidad. Las causas de justificación no son tampoco circunstancias del tipo redactadas de modo negativo.

Edmundo Mezger dice que la exclusión de antijuricidad se funda:

- a) En la ausencia de interés, cuando el objeto del delito es la protección de un interés privado del cual su titular puede hacer uso libremente (si el ofendido consiente) o cuando se reputa ilícita una conducta sin la anuencia del pasivo (robo con consentimiento). En este último caso no hay justificante, sino atipicidad, y
- b) En función del interés preponderante, cuando existen dos intereses

incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

La fuerza incontenible de la equidad termina siempre imponiéndose al formalismo jurídico. Son múltiples las clasificaciones y sistematizaciones que se han intentado de las llamadas causas de justificación. Puede decirse que cada autor tiene la suya.

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

En la legislación federal se establece como excluyente de incriminación, el actuar con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que: a) el bien jurídico sea disponible; h) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio: o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

En tiempo de los romanos se decía: "no se causa injuria a quien consiente en ella" (Ulpiano), en virtud del consentimiento del ofendido o del interesado.

No es posible proclamar con el carácter de regla general que el consentimiento del sujeto pasivo del delito justifique la conducta del agresor y que, por ello, pierda el hecho su carácter delictuoso, pues la función penal en los tiempos presentes no se ejerce en atención a consideraciones particulares (satisfacción del deseo de venganza del ofendido), sino inspirada en fines públicos y de utilidad colectiva. Sin embargo, no obstante este sentido estatal y público del Derecho Penal, tratándose de determinados delitos, se admite generalmente la eficacia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción: Delitos de querrela y delitos de persecución oficiosa en los casos en los cuales dentro del tipo penal aparece en forma negativa el consentimiento de la víctima. En este último caso se trata más bien de ausencia de tipicidad.

El consentimiento no necesita haber sido declarado. Es suficiente que exista en el ofendido como dirección de su voluntad: teoría de la dirección de la voluntad. Esto se niega por la llamada teoría de la declaración de la voluntad; pero al hacerlo mezcla en la discusión, de modo no muy claro, puntos de vista jurídicos que se refieren al consentimiento como negocio de Derecho civil y no al consentimiento como causa de justificación en materia penal. Pues la propia naturaleza del segundo consiste en excluir, en el caso concreto, el interés lesionado, y tal exclusión es independiente de la declaración externa de voluntad.

No se actúa antijurídicamente cuando el poseedor del bien jurídico atacado consiente de modo presunto y en forma eficaz en la acción del sujeto activo. (Ejemplos: El sujeto irrumpe en la casa de su vecino, en ausencia de éste, para reparar la cañería

del agua descompuesta, o abre la carta dirigida a su amigo para atender a un asunto de éste que no admite demora, etc.)."

El consentimiento del ofendido desde los puntos de vista ético y jurídico: Los positivistas dicen que el agresor del que consiente, es socialmente menos peligroso, y por eso no debe ser castigado. Giuseppe Maggiore dice: los que medimos la responsabilidad del reo, no por su peligrosidad sino por su culpabilidad, decimos que no hay culpa (o que hay a lo sumo una culpa menor) cuando ésta se divide entre el ofensor y el ofendido. Por el aspecto jurídico, la cuestión es ya distinta. No se averigua cuál es el valor moral del consentimiento del agraviado, sino cuáles son la norma y la fuente de este consentimiento en el ordenamiento jurídico.

Por regla general, los derechos personales no son disponibles, a menos que algunos casos la fuerza de la costumbre o especiales razones morales, consientan en que lo sean. La ley castiga el homicidio del que consintió en él; y si no castiga el suicidio, es por razones de piedad, o porque considera la pena sin fuerza para intimidar a quien no teme la muerte; pero siempre será punible la instigación al suicidio. No es disponible el derecho a la libertad, a menos que se trate de formas secundarias de libertad como el derecho al secreto epistolar, a la inviolabilidad del domicilio, etc. La supuesta disponibilidad del pudor y de la libertad sexual, más que un consentimiento al menoscabo de un derecho, es el uso de facultades naturales e instintivas.

El consentimiento sólo tiene eficacia cuando recae sobre bienes disponibles que son el único objeto de la tutela penal; cuando esa tutela garantiza, además un interés público o común, el consentimiento es irrelevante. Para Edmundo Mezger el consentimiento supone el abandono real o presunto de los intereses por parte del que "legítimamente tiene la facultad" de disposición sobre el bien jurídico.

Sebastián Soler dice que en general la eficacia del consentimiento debe deducirse, sobre todo, de la forma y el motivo de la tutela del Estado sobre determinado bien jurídico; y siempre que esa tutela sea expresiva de un interés general o público, aunque simultáneamente coincidente con el derecho subjetivo privado, el consentimiento no será eficaz, por cuanto la aplicación de la pena no tiene por fin exclusivo la tutela de ese derecho subjetivo. Por eso, la esfera en que la eficacia del consentimiento es la regla está constituida por los derechos patrimoniales.

Adolfo Prins sostiene que en un sistema jurídico en que la ley penal es de orden público y en que la pena se impone en nombre de la sociedad entera y por acusación del ministerio público, su representante, no es posible derogar por convenciones particulares las leyes de orden público. Por consiguiente, el consentimiento de la parte lesionada no puede constituir una causa justificante, en todo caso, lo ausente es el tipo, no la antijuricidad.

Franz Von Liszt afirma que el consentimiento del ofendido sólo excluye la antijuricidad de la lesión, en cuanto la regla jurídica ha concedido al titular del bien jurídico la facultad de disponer de él porque sólo se trata de sus intereses.

¿Cuándo debe otorgarse el consentimiento? Como quiera que sólo el consentimiento referido a la acción puede excluir la antijuricidad de la misma, debe responderse: en el momento de la acción.

Debe distinguirse plenamente entre consentimiento y ratificación *a posteriori*. El primero legitima la conducta típica; en cambio, la ratificación *a posteriori* es incapaz de eliminar la ilicitud de la conducta lesiva y puede, si acaso, tener relevancia en orden a la posible persecución del delito cuando se trata de los que únicamente pueden ser perseguibles por querrela de parte."

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

"Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en virtud del proceder delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuricidad o el tipo; es decir, si el pasivo de la conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, no resulta dañado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de este último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuricidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica." (Semanao Judicial de la Federación, Tomo CXXII, páginas 1,348-1,349, Quinta Época).