



**UNIVERSIDAD DE GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

***TESIS DOCTORAL***

**EL CONSENTIMIENTO Y SU RELEVANCIA  
PARA LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**

**GRANADA – ESPAÑA  
SEPTIEMBRE DE 2006**



**Ricardo Vital de Almeida**

**EL CONSENTIMIENTO Y SU RELEVANCIA  
PARA LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**

**Granada – España  
Septiembre de 2006**

# **EL CONSENTIMIENTO Y SU RELEVANCIA PARA LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**

**Tesis Doctoral realizada por  
D. Ricardo Vital de Almeida  
bajo la Dirección del Prof. Dr.  
Dr. h. c. mult. D. LORENZO  
MORILLAS CUEVA.**

**Granada – España  
Septiembre de 2006**

A todos los discípulos del Derecho penal,  
que creen en él como la puerta más amplia, democrática y social  
a que se pueda permanecer haciéndolo una Ciencia crecientemente legitimada por sus  
manifestaciones de justicia, y sobre todo a partir de la Política criminal y de las críticas  
garantizadoras que se le logre aplicar,  
como instrumentos fundamentales para su desarrollo,  
**dedico** esta investigación.

A la “Universidade Estadual da Paraíba” (UEPB)

– *mi primer y eterno puerto académico* –;

al “Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba” (TJPB)

– *hogar muy específico de mis creencias en la justicia* –;

a Granada

*(a su Historia, a sus leyendas, a su cultura, sobre todo a su gente... y a los misterios de la Alhambra)*

– *donde “no hay peor pena que la de ser ciego”... y además de los ojos, sobre todo de la mente* –

*(yo, cuando respiro tu aire puedo sentir tu alma... que también es un poco mía);*

al Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (UGr),

a sus distintos funcionarios,  
eminentes maestros

y

solidarios compañeros de investigación

– *los que me regalaran un nuevo y seguro puerto académico* –;

y

especialmente

a mi maestro, el Prof. Dr. h. c. mult., D. **LORENZO MORILLAS CUEVA**,

– *además de mi Director de Tesis, una amistad espontánea que llevo en mi corazón, escrita en el mármol de mi alma* –;

**agradezco** por esta investigación.

## ÍNDICE

Abreviaturas.....	17
Justificación.....	20

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

I -	Cuestiones previas.....	30
II -	Evolución de la institución del <i>consentimiento</i> en Derecho penal.....	40
	1. Principales variaciones de la dogmática del <i>consentimiento</i> en Alemania (ZITELMANN, HONIG, MEZGER, VON HIPPEL)...	41
	2. Breves notas sobre las más relevantes opiniones históricas.....	44
	3. Fases esenciales.....	45
	4. El <i>consentimiento</i> en Derecho penal con referencias comparativas entre algunas Legislaciones.....	57
	5. El histórico intervencionismo estatal.....	51

III -	La importancia de los Estados sociales y democráticos de Derecho para la garantía jurídica y el desarrollo del <i>consentimiento</i> .....	53
-------	--	----

## CAPÍTULO II

### **EL CONSENTIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

I -	Conceptos y tipos de <i>consentimiento</i> .....	63
II -	Naturaleza jurídica y fundamento del <i>consentimiento</i> .....	70
1.	La <b>TEORÍA DUALISTA</b> ( <i>separatista, de la bipartición, divisora, repartidora</i> ).....	71
1.1	El acuerdo ( <i>asentimiento, conformidad</i> ) – <i>causa de atipicidad</i> –.....	76
1.1.1	Breve perspectiva sobre el ámbito del análisis jurídico de la expresión de la voluntad natural, en el marco del acuerdo...	82
1.1.2	Resumen.....	83
1.1.3	Grupos de casos sobre el acuerdo.....	84
1.1.3.1	El primer grupo.....	85
1.1.3.2	El segundo grupo.....	88
1.1.4	Sobre el acuerdo ( <i>y también el consentimiento en general</i> ) con la ley; las buenas costumbres.....	90
1.1.5	Consideraciones complementarias.....	96



1.2	El <i>consentimiento</i> (en sentido estricto) como causa de justificación.....	98
1.2.1	Referencias conceptuales respecto al pensamiento separatista. Especialmente en la doctrina penal española, alemana y brasileña.....	101
1.2.1.1	España.....	102
1.2.1.2	Alemania.....	106
1.2.1.3	Brasil.....	112
1.2.2	Consideraciones complementarias.....	113
1.3	Las especiales características de la teoría diferenciadora de GÜNTHER JAKOBS. Su proximidad con la teoría dualista... 115	
1.3.1	El acuerdo.....	116
1.3.2	El <i>consentimiento</i> atípico y el <i>consentimiento</i> justificante... 117	
1.3.3	A manera de reflexión personal.....	121
1.4	El <i>consentimiento</i> excepcional como atenuante del potencial de injusto penal y su consecuente efecto reductor y formal en el ámbito de la punición.....	122
1.4.1	La doctrina de los grados de injusto.....	130
1.4.2	Circunstancias atenuantes y causas de disminución de pena.....	133

2.	La <b>TEORÍA MONISTA</b> ( <i>unitaria, de la atipicidad, pacificadora, del consentimiento como causa de exclusión del tipo, unificadora, simplificadora</i> ).....	138
2.1	Resumen acerca de las divergencias dogmáticas elementales entre las teorías del <i>consentimiento</i> excluyente del tipo y del <i>consentimiento</i> excluyente de la antijuridicidad.....	147
2.1.1	El efecto del derecho-poder de consentir del titular del bien jurídico disponible dentro de la teoría del delito.....	152
2.1.2	La cuestión del bien jurídico protegido <i>versus</i> el objeto del hecho.....	159
2.2	Unificación sistemática del acuerdo y del <i>consentimiento</i> como causas de exclusión de tipicidad, a través del <i>consentimiento</i> ( <i>auténtico</i> ) amplio.....	163
2.2.1	Aún sobre la seguridad dogmática y la argumentación formal y material del <i>consentimiento</i> atípico en el ámbito constitucional.....	165
2.2.2	Sobre la tipicidad.....	169
2.2.2.1	Consideraciones respecto al <i>consentimiento</i> en el marco de la dimensión lógico-valorativa de la tipicidad.....	170
2.2.2.2	Los efectos del <i>consentimiento</i> en el ámbito de la tipicidad..	173
2.2.3	La legalidad penal-constitucional del <i>consentimiento</i> .....	176
2.2.4	Breve comentario sobre otro resultado del <i>consentimiento</i> en el ámbito de la tipicidad.....	179

2.2.5	Toma de posición.....	180
2.3	La síntesis del pensamiento sistemático de CLAUS ROXIN. Un criterio doctrinal relevante del conjunto del consentimiento como causa general de atipicidad.....	187
2.3.1	Acuerdo y <i>consentimiento</i> en sentido estricto.....	188
2.3.2	Las diferencias básicas derivadas de la distinción separatista entre acuerdo y <i>consentimiento</i> en sentido estricto.....	190
2.3.3	El entendimiento monista fundamental y otras opiniones contra el modelo separatista conservador.....	193
2.3.4	La coherencia de la teoría monista-liberal de ROXIN.....	195
2.3.4.1	El <i>consentimiento</i> amplio, mientras sea válido y eficaz, excluye el tipo penal.....	197
2.3.4.2	El <i>consentimiento</i> como un intruso entre las causas de exclusión de antijuridicidad.....	200
2.3.4.3	La teoría separatista no es una teoría dogmáticamente segura.....	203
2.3.4.3.1	La incoherencia de la teoría de la bipartición. Especial referencia a las lesiones médico-quirúrgicas.....	206
2.3.4.3.2	Todavía más sobre la inseguridad de la bipartición en general.....	209
2.3.4.4	Las buenas costumbres en el marco de las lesiones.....	210
2.3.4.5	El <i>consentimiento</i> aparente.....	211

2.3.4.6	Los tipos y su estructura variable como base del <i>consentimiento</i> eficaz.....	213
2.3.4.7	El empleo de la teoría monista con respecto a referencias formales de <i>consentimiento</i> justificante, aunque sólo aparentes en el marco del Derecho penal.....	213
2.3.4.8	Reflexiones sobre el planteamiento roxiniano.....	218
2.4	El <i>consentimiento</i> ante las teorías de la adecuación social y de la imputación objetiva.....	219

### CAPÍTULO III

#### *REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO*

I -	Consideraciones generales.....	227
II -	Capacidad de discernimiento natural.....	228
III -	Disponibilidad jurídico-penal del bien sobre el que consiente su titular.....	233
	1) Los bienes públicos materiales.....	234
	2) Los bienes jurídicos de titularidad colectiva.....	235
	3) Los bienes jurídicos individuales o personales.....	238
IV -	La necesidad de manifestación inequívoca del <i>consentimiento</i> por parte del titular del bien jurídico y su reconocimiento externo por parte del autor.....	241

1)	Teoría de la declaración de la voluntad ( <i>del negocio jurídico o de la explicación</i> ).....	245
2)	Teoría de la dirección de la voluntad ( <i>o de la acción jurídica</i> ).....	247
3)	La adecuación de la teoría ecléctica ( <i>mediadora o de posición intermedia</i> ).....	249
V -	<b>Ausencia de vicios (<i>engaño, coacción y error</i>)</b> .....	<b>258</b>
1.	Engaño.....	262
2.	Coacción.....	270
3.	Error.....	272
4.	La situación no general de necesidad de información directamente al titular del bien jurídicamente protegido y disponible.....	274
VI -	<b>Consentimiento <i>ex ante facto</i></b> .....	<b>375</b>
1.	La cuestión del <i>consentimiento</i> , tanto otorgado como anulado, una vez iniciada la actividad de menoscabo del autor contra el bien jurídico.....	279
2.	La imposibilidad dogmática de validez y eficacia del <i>consentimiento post facto</i> .....	281

## CAPÍTULO IV

### FORMAS DE CONSENTIMIENTO

I -	Breve introducción.....	285
II -	<i>Consentimiento expreso (real o explícito)</i> .....	286
	1) Escrito.....	287
	2) Verbal.....	290
	3) Estrictamente mecánico ( <i>físico o somático</i> ).....	294
III -	<i>Consentimiento informado (circunstancias más destacadas)</i> .....	296
	1. Requisitos.....	302
	2. Naturaleza jurídica.....	303
IV -	<i>Consentimiento tácito</i> .....	303
	1. Requisitos.....	307
	2. Naturaleza jurídica.....	307
V -	<i>Consentimiento presunto</i> .....	308
	1. Requisitos.....	313
	1.1 Capacidad.....	314
	1.2 Bien jurídicamente disponible.....	315

1.3	Ausencia de vicios.....	315
1.4	Probabilidad <i>ex ante facto</i> .....	316
1.5	Reconocimiento externo de la probabilidad y el estado de necesidad justificante.....	317
2.	Naturaleza jurídica.....	319
VI -	<i>Consentimiento</i> putativo.....	325
VII -	<i>Consentimiento</i> activo.....	326
VIII -	<i>Consentimiento</i> pasivo.....	327
XIX -	Semiconsentimiento (o <i>casiconsentimiento</i> ).....	328

## CAPÍTULO V

### **EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. EJEMPLIFICACIÓN CON ALGUNOS GRUPOS DE CASOS.**

I -	Consideraciones previas.....	333
II -	Grupos de hipótesis seleccionadas.....	335
1.	La vida humana.....	336
1.1	Consideraciones generales acerca de la eutanasia individual y a petición restrictiva.....	342
1.1.1	La eutanasia pasiva ( <i>directa e indirecta</i> ).....	358

1.1.2	La eutanasia pasiva por acción ( <i>directa e indirecta</i> ).....	360
1.1.3	La eutanasia activa ( <i>directa e indirecta</i> ).....	362
1.1.4	El <i>consentimiento</i> informado y la eutanasia.....	363
1.1.5	La eutanasia y el <i>consentimiento</i> personal y directo del titular del bien jurídico protegido ( <i>causa de atipicidad</i> ).....	365
1.1.6	La eutanasia y la irrelevancia del <i>consentimiento</i> manifestado a través de familiares del enfermo o de su representante legal, cuando el verdadero titular del bien jurídico personalísimo vida no puede decidir o no lo hizo mientras fue capaz de hacerlo.....	368
1.1.7	El <i>consentimiento</i> para eutanasia expresado a través de familiares o de representante por elección del enfermo y su atipicidad.....	371
1.1.8	La cuestión del reproche legal ( <i>Brasil, España, Alemania, Holanda</i> ).....	371
1.1.9	Propuesta de <i>lege ferenda</i> .....	381
1.2	El <i>consentimiento</i> y el suicidio.....	384
1.3	El <i>consentimiento</i> en el aborto.....	387
1.3.1	Las modalidades de aborto más comúnmente impunes....	391
1.3.2	Naturaleza jurídica.....	394
1.3.3	Algunos casos paralelos.....	398



1.3.4	El tratamiento legal en España, Brasil y Alemania.....	399
1.3.4.1	España.....	399
1.3.4.2	Brasil.....	401
1.3.4.3	Alemania.....	403
1.4	El <i>consentimiento</i> en la huelga de hambre.....	404
2.	El <i>consentimiento</i> en las lesiones.....	407
III -	El <i>consentimiento</i> en el <i>concurso delinquentium</i> .....	422
IV -	El <i>consentimiento</i> en el <i>concurso delictorum</i> .....	423
	CONCLUSIONES.....	426
	BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	443
	WEBGRAFÍA CITADA.....	459

## ABREVIATURAS y SIGLAS

<b>ab.</b>	-	Abogado
<b>apart.</b>	-	Apartado
<b>BOE</b>	-	Boletín Oficial del Estado ( <i>España</i> )
<b>Cap./cap.</b>	-	Capítulo
<b>CCB</b>	-	Código Civil de Brasil
<b>CCE</b>	-	Código Civil de España
<b>CE</b>	-	Constitución Europea
<b>CEC</b>	-	Código de Enjuiciamiento de España
<b>CEspaña</b>	-	Constitución de España
<b>CEu</b>	-	Comunidad Europea
<b>CF</b>	-	Constitución Federal
<b>CFB</b>	-	Constitución Federal de Brasil
<b>cit.</b>	-	Citado
<b>CP</b>	-	Código Penal
<b>CPA</b>	-	Código Penal Alemán
<b>CPB</b>	-	Código Penal de Brasil
<b>CPC</b>	-	Código Penal de Cuba
<b>CPE</b>	-	Código Penal de España
<b>CPF</b>	-	Código Penal de Francia
<b>CPH</b>	-	Código Penal de Holanda
<b>CPI</b>	-	Código Penal de Italia
<b>CPPo</b>	-	Código Penal de Portugal
<b>CPP</b>	-	Código de Proceso Penal de Brasil
<b>CPs</b>	-	Códigos penales
<b>ECA</b>	-	Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil
<b>Ej./ej.</b>	-	Ejemplo
<b>España</b>	-	España
<b>HC</b>	-	<i>Habeas corpus</i>
<b>JGG</b>	-	Ley de la Jurisdicción Juvenil de Alemania
<b>LCP</b>	-	Ley de Contravenciones Penales de Brasil
<b>LFRFA</b>	-	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, enmendada por

		la Ley de 26 de noviembre de 2001.
<b>LO</b>	-	Ley Orgánica
<b>LOREG</b>	-	Ley Orgánica de Régimen Electoral General de España
<b>LORRPM</b>	-	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de España
<b>LRAP</b>	-	Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.
<b>n.p.</b>	-	Nota al pie
<b>p</b>	-	Página
<b>pp</b>	-	Páginas
<b>pág.</b>	-	Página
<b>págs.</b>	-	Páginas
<b>párr.</b>	-	Párrafo
<b>párrs.</b>	-	Párrafos
<b>P.e./p.e.</b>	-	Por ejemplo
<b>P.ej./p.ej.</b>	-	Por ejemplo
<b>Por ej./por ej.</b>	-	Por ejemplo
<b>RT</b>	-	Revista de los Tribunales de Brasil
<b>s</b>	-	Siguiente
<b>ss</b>	-	Siguientes
<b>STC</b>	-	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
<b>STF</b>	-	Supremo Tribunal Federal de Brasil
<b>StGB Alemán</b>	-	Código Penal Alemán
<b>StGB de Austria</b>	-	Código Penal de Austria
<b>STJ</b>	-	Superior Tribunal de Justicia de Brasil
<b>StPO</b>	-	Código de Proceso Penal Alemán
<b>STS</b>	-	Sentencia del Tribunal Supremo de España
<b>TC</b>	-	Tribunal Constitucional de España Sur/Brasil
<b>TS</b>	-	Tribunal Supremo de España

- UE** – Unión Europea
- Vg./vg.** – *Verbigracia*

## ***JUSTIFICACIÓN***

Parece obvio aludir a la **necesidad** del Derecho para la estabilidad social de cualquier estructura organizada. En el Estado social y democrático de Derecho las agresiones más intensas se han de combatir desde una eficacia adecuada, cuando se imponga la **razón**, la **prudencia**, el **equilibrio**, la **seguridad** y la **perseverancia** de un Derecho que exprese su **garantía** sintonizado exclusiva y permanentemente con la **realización de la justicia**.

Desde semejante perspectiva, la existencia pactada en sociedad, de la que obviamente resultó el ordenamiento jurídico desde sus más antiguas variaciones, bajo la administración formal del Estado, implica, en una sola vez, **tener derechos** y **cumplir deberes**, pero siempre dentro de un marco lógico y legítimo con determinadas limitaciones; es decir, que no debe haber jurídicamente una libertad **absoluta**, intocable en su significado pleno. La libertad (*y destacadamente para autodeterminarse*) tratada con criterios, mientras sea posible **garantizarla**, será siempre una expresión fiel y verdadera de la propia esencia del hombre, sujeto poseedor de inestimable protección constitucional y titular de Derechos fundamentales. Así, tanto hay situaciones en las que la persona debe ser protegida **contra sí misma**<sup>1</sup> como contextos en los que la persona ha de estar protegida contra el poder excesivo de intervenir que tiene caracterizado históricamente la existencia del **Estado**.

Destacado el valor de los intereses del hombre, de la sociedad y de la dignidad humana, y respetada la voluntad legítima de la mayoría ciudadana bajo la **garantía** de leyes que protegen y aseguran derechos y deberes sin discriminaciones de cualquier orden, es que surgió para nuestros días la fórmula política del **Estado social y democrático de Derecho**, dentro de la cual la Ciencia penal es la expresión material más candente, sensible y necesaria del **control social formal**<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase, respecto a este tema y por todos, p.ej. a ROXIN, Claus, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal), Madrid/España, Thomson Civitas, 1999 (reimpresión 2003), p 529.

<sup>2</sup> El control informal lo ejerce la escuela, la asociación, la profesión, la familia, la religión, etc. Sin embargo, el control formal, además del Derecho penal, puede ejercerlo también el Derecho administrativo (a esto se refiere, por ej., MIR PUIG, Santiago, en *Derecho Penal – Parte General*, 7ª edición, Barcelona/España, Editorial Reppertor, 2004, pp 49 in fine y ss). Sobre el tema, en otros Manuales *vide* a JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, en *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), quinta edición, corregida y ampliada, Granada/España, Editorial Comares, 2002, pp 2/4; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heiz, en *Derecho penal – Parte general – I – Teoría general del derecho penal*

A pesar de ello, el Derecho penal debe **expresar** un carácter jurídico **tanto** de *ultima ratio* – es decir, que la intervención de esta rama del Derecho debe estar condicionada a su adecuabilidad o necesidad real, a su exigencia contextual y a su presencia proporcional *stricto sensu* – **como de intervención mínima**<sup>3</sup> – sólo interviene en lo imprescindible el Derecho punitivo (fragmentariedad) y tras asegurada su necesidad, cuando de otro modo no es posible mantener el control en el seno de la sociedad (subsidiariedad) –. El principio de intervención mínima es un complemento jurídico-garantista **fundamental** para el principio de *ultima ratio*. **Contrariamente**, sin que intervengan ambos principios de orden penal en el marco de las relaciones sociales, las consecuencias dañosas de carácter social, político, jurídico e incluso cultural podrán resultar muy poco deseadas.

Una **valoración** del poder, de la fuerza y de la realidad del **Derecho penal**, que incluso se puede transformar en instrumento de peligro y opresión social, la manifiesta MORILLAS CUEVA<sup>4</sup>: “Se ha dicho, y se ha dicho con razón, que las normas penales son una especie de ‘Constitución en negativo’, que representan el sentimiento más enérgico de los ciudadanos para mantener el orden social, su propia seguridad y, por qué no decirlo, el *status* de la mayoría de los países democráticos y, lo que es más trágico, el de las minorías en los sistemas dictatoriales”.

Dentro del marco de una de las derivaciones científicas más ilustrativas del sistema dentro de la metodología de la **Ciencia del Derecho penal**, como es la **teoría jurídica del delito**, una de las formas de más significativa expresión de **libertad** de

---

y estructura del hecho punible (traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Editorial Astrea, Buenos Aires/Argentina, 1994, pp 34 y ss, etc. En fin, las ramas del Derecho en general poseen medios coercitivos: el Derecho civil, indemnización, multa, destitución de derechos, etc.; el Derecho administrativos, multa, quitación de concesiones, prohibiciones policiales, etc., entre otros.

<sup>3</sup> Acerca de este principio, véanse entre otros *vide* a COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho Penal – Parte General*, 5ª edición, corregida, aumentada y actualizada, Valencia/España, tirant lo blanch, 1999, pp 85/88; MIR PUIG, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 126/128; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal – Parte General* – 6ª edición, revisada y puesta al día, Valencia/España, tirant lo blanch, 2004, pp 72/86; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 56/58; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, corregida (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo), Madrid/España, Marcial Pons, 1997, pp 60 y 61; ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 65/67, etc.

acción personal (*es decir, de autodeterminación*), de **dignidad** individual y de **desarrollo de la personalidad** es el instituto del **consentimiento**, que se constituye en el eje de este trabajo de investigación.

Desde luego, es oportuno expresar la perspectiva con respecto al íntimo nivel de **vinculación** jurídico-constitucional que existe indudablemente entre **dignidad humana** y **personalidad**. Ello, para que mejor se comprenda los matices metodológicos y semánticos utilizados a lo largo de este trabajo, en el que es permanente el empleo de ambos términos acerca de la esencia de los efectos del *consentimiento* válido y eficaz. Para esto, es imprescindible mantener la certeza de que la dignidad tiene carácter propio y a un solo tiempo integra la generalidad de los atributos de la personalidad **inherentes** a la condición del ser humano, envolviendo aspectos naturales y jurídicos muy determinados, lo que resulta en expresiones de Derechos fundamentales, además cuando se las añade la **autodeterminación libre** del individuo.

En lo que a la **persona** se refiere, enfoca JUAN RINESSI que “la dignidad constituye el valor fundamental de la personalidad, que es la misma esencia del ser humano. O sea, que personalidad deriva de la persona, quien en su esencia ostenta el valor dignidad<sup>5</sup>”.

De este modo, es **segura** la perspectiva de que **garantizar** el desarrollo de la personalidad del individuo de conformidad al derecho (*y el consentimiento es un medio jurídico para lograrlo*), significa valorar más legítima y positivamente su dignidad y su libertad autodeterminada, **respetando** y **engrandeciendo** el sentido más concreto de la condición humana, lo que a su vez expresa la más auténtica manifestación de **justicia** y, consecuentemente, de un Derecho **sano**. En suma, la concreción perenne de la justicia representa la afirmación de la sanidad estable y **garantizadora** del Derecho democrata y social, lo que hace recordar a VON IHERING<sup>6</sup>: “Ante la agresión al derecho, la fuerte reacción del sentimiento de justicia significa la prueba extrema de su salud”.

---

<sup>4</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid/España., Dykinson S. L., 2004, p 21.

<sup>5</sup> JUAN RINESSI, Antonio, en *La capacidad de los menores*, con disponibilidad en internet: <http://www.acader.unc.edu.ar>, p 2 de 31.

<sup>6</sup> VON IHERING, Rudolf, en *A Luta pelo Direito, 1ª edição – 2ª tiragem (tradução para o português de José Cretella Júnior e Agnes Cretella)*, São Paulo/SP/Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p 59 (el original



Desde esta perspectiva, la investigación se **desarrollará** sobre las premisas básicas de la dualidad en cuanto a la **naturaleza** jurídica del *consentimiento* como causa de **atipicidad** o de exclusión de **antijuridicidad**.

El *consentimiento* en su sentido **amplio** contiene una modalidad teóricamente más **sencilla** (*acuerdo*) y otra más **compleja** (*consentimiento en sentido estricto*), mientras aquella aún puede ser repartida en dos subgrupos. Para el *consentimiento*, en cuanto a su modalidad de **acuerdo** repartido y por lo menos respecto al **primer grupo**, que está basado fundamentalmente en la voluntad natural de la persona, tiene vigencia el entendimiento que se puede referir como pacífico entre los científicos del Derecho en el sentido de que se trata de una causa de **atipicidad**. No obstante, acerca del **segundo grupo** de acuerdo, el que ya necesita la manifestación de un discernimiento mínimo del titular del bien jurídico, empiezan divergencias dogmáticas, a causa de la posición mantenida por los ilustres seguidores de la **teoría dualista** que incluso no aceptan esta distinción, tratándolo como *consentimiento* en sentido estricto. Dichas discrepancias dogmáticas y político-criminales aumentan respecto al *consentimiento* en **sentido estricto** para los separatistas (*o tercer grupo para una perspectiva unificadora*), todavía preponderante cuantitativamente entre los juristas su existencia como causa de **justificación**. Los argumentos estructuralmente distintos en su núcleo divisor y empleados para ajustar cada una de esas posiciones antagónicas (*consentimiento atípico y consentimiento justificante*), salidos de la teoría **unificadora** y de la **separatista** respectivamente, no parecen conciliables, implicando sus efectos variados en el ámbito de la teoría jurídica del delito.

Además, valoradas ambas formas de expresión de la voluntad humana (*acuerdo y consentimiento estricto*) a nivel de **atipicidad**, por la vía de la **teoría monista**, pierde la bipartición (*atipicidad/justificación*) su actual importancia doctrinaria, asumiendo un significado coherentemente **constitucional-penal** el abandono de esa distinción sistemática<sup>7</sup>.

---

de la traducción brasileña: “Diante da lesão do direito, a forte reação do sentimento de justiça é a prova probatíssima de seu estado de saúde”).

<sup>7</sup> Desde luego y por todos, en ese sentido véase a ROXIN, – ‘*Acerca del consentimiento en el Derecho penal*’ - *Dogmática Penal y Política Criminal* (traducción de Manuel Abanto Vásquez), Lima/Perú, Editorial Moreno S.A., 1998, pp 144/149.

Asimismo, otro aspecto temático básico que merece comentar se refiere a la desacertada **inexistencia** de una previsión legal (*ni siquiera como causa de justificación*) del *consentimiento* en la Parte general de la **mayoría** de los ordenamientos jurídico-penales del mundo actual<sup>8</sup>. Ello se presenta como un objetivo a más para la reflexión, pues la ubicación directa y formal del *consentimiento* en dichos sistemas, además de calmar la invocación (*aunque jurídicamente legítima*) del instituto bajo su carácter de **supralegalidad** (*siempre y cuando la Parte especial de los Códigos tampoco lo contempla o entonces lo hace sólo de modo restrictivo*), aún sería más precisa su reglamentación.

En lo referente al *consentimiento* en su sentido amplio, es todavía preciso tratar de la **teoría jurídico-penal de sus requisitos** (*capacidad para otorgar, disponibilidad del bien sobre el que consiente su titular, manifestación patente del asentimiento y su reconocimiento por parte del autor, ausencia de vicios y manifestación ex ante facto*), de sus **especies** (*consentimiento expreso, informado, tácito, presunto, activo, pasivo y semiconsentimiento*) y de su **ámbito de aplicación** frente a algunos grupos de casos (*la vida humana – eutanasia, suicidio, aborto, huelga de hambre –; las lesiones corporales – médicas y psicológico-psiquiátricas, deportivas –; las faltas; los concursos de agentes y de delitos*), **además** de cuestiones referentes al Estado social y democrático de Derecho, a la supralegalidad, a las buenas costumbres, a los grados de injusto, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal del autor, a la adecuación social, a la imputación objetiva, a la supremacía de la Constitución, a la hermenéutica jurídica, etc.

En todo este entorno sobre el *consentimiento* de manera amplia, merece citar el **entendimiento** de MAURACH/ZIPF<sup>9</sup> en el sentido de que dicho “consentimiento (al igual que la legítima defensa) es una institución jurídica muy ilustrativa de la relación entre el Estado y sus ciudadanos, en especial en lo relativo al aspecto de libertad que aquél reconoce a cada uno de estos”. La facultad de consentir es expresión pura de

---

<sup>8</sup> Portugal es excepción (arts. 31º, 2., d, 38º y 39º del CPPo); Italia también (art. 50 del CPI).

<sup>9</sup> MAURACH/ZIPF, *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 287.

**libertad de acción.** Y dicha “libertad importa la posibilidad de renunciar a la protección penal de bienes jurídicos<sup>10</sup>”.

Indudablemente, el *consentimiento* es todavía un instituto lleno de **polémicas** doctrinales, pese a su permanente y valiosa evaluación jurisprudencial. En él y por él sobresalen divergencias, incluso deducibles por lo antes expuesto, en lo que pertenece a su forma *estricta* o de tercer nivel y a muchos de sus elementos estructurales y variaciones en general. Soy consciente de la **dificultad** del empeño y de mis propias **limitaciones** personales ante esta investigación. Sin embargo, **intentaré** llegar más lejos (*por poco que sea*) y hacer algunas modestas y sinceras contribuciones, que espero sean de algún modo útiles con respecto al tema de referencia.

Para llevar a cabo esta **responsabilidad** científico-investigadora, adopto como base para su estructuración y desarrollo el Derecho penal de **España**, el que vive desde hace años momentos de notable destaque y perfeccionamiento perenne en el escenario jurídico mundial. A ello añadido, siempre que sea adecuado, los Derechos penales de **Alemania** (*donde han surgido históricamente las más profundas discusiones dogmáticas y los mayores desarrollos político-criminales del consentimiento penal para el mundo civilizado*) y de **Brasil**, comparándolos o no, bajo la sincera intención de intentar e incluso poder expresar una idea global y común acerca de aspectos heterogéneos de este tema tan desafiador: el *consentimiento* como causa de **atipicidad**. Ello, sin dejar de hacer **alusiones**, aunque sin igual incidencia, también a otros ordenamientos jurídicos del mundo, como ejemplos más próximos **Italia** y **Portugal**.

El método **analítico-descriptivo**, con absoluta predominancia **doctrinal** y algunas breves referencias **jurisprudenciales**, es el que utilizo en toda esta investigación dogmática y político-criminal sobre el *consentimiento*, para conseguir así una **perspectiva** lo más **lógica** posible.

Tanto las **relaciones humanas** en general como específicamente el escenario **jurídico-penal** necesitan del *consentimiento* en su significado más amplio para lograr la más auténtica manifestación de la voluntad personal.

---

<sup>10</sup> *Idem supra*, pp 287 y 288.

El *consentimiento* – con actuación dentro del tipo – no es **solamente una idea**, sino una certeza filosófica, sociológica, axiológica, política, cultural y jurídica. Se trata de un mecanismo dogmático eficaz de expresión práctica de la propia **ideología** (y *sobre todo jurídica*) de un **sistema**, de una **nación**, de un **pueblo** soberano. En fin, su manifestación acaece a través de la **libertad** (*aunque no absoluta*) para **autodeterminarse**, propiciando al individuo utilizar sus bienes **individuales** y jurídicamente **disponibles** dentro de su esfera de dominio; pudiendo, de este modo, renunciar a la protección penal que está sobre ellos con vistas al **desarrollo de su personalidad**, y según la más legítima expresión de su **dignidad**<sup>11</sup> como persona.

En este entorno, sí se presenta **oportuna** una cita de JEAN CRUET<sup>12</sup>, apuntada desde comienzos del siglo XX: “la ley debe adoptar, con una sola palabra, el carácter nuevo de una limitación del Estado ante el derecho de la persona, lo que es, de alguna manera, la subversión de la noción primitiva de las reglas jurídicas”. Ello es también de tal modo una verdad que históricamente los regímenes políticos **no democráticos** se caracterizan en **restringir** la validez y eficacia del *consentimiento*, con la intención de sofocarlo, por intermedio del intervencionismo estatal extremo sobre los derechos de las personas, incluso los fundamentales. Mientras tanto, las verdaderas **ideologías liberales**, en general y en el marco de las democracias sociales, apuntan a la **expansión** del *consentimiento* a causa de que su propio desarrollo y garantía estructural depende, por lo menos en parte, del aseguramiento de ese derecho ciudadano, por el cual se expresan Derechos fundamentales, incluso de carácter inherente a toda persona humana.

Es igualmente oportuno plantear, por obvio, que esta investigación no es un trabajo de contenido **exclusivamente** ideológico, **sino** un escrito donde todo lo que se

---

<sup>11</sup> También acerca de la dignidad, GONZAGA FARIAS, Aureci (*A Polícia e o ideal da sociedade*, Campina Grande/PB/Brasil, EDUEPB, 2003, p 53), recordando a COMPARATO, va a extremos axiológicamente comprensibles, afirmando que “la dignidad de la persona está siempre sobre la propia ley, es decir, con prioridad ante el Derecho positivo, porque la protección de la dignidad de la persona humana es la finalidad y la razón de ser de todo el sistema jurídico” (el original en portugués: “A dignidade do ser humano está sempre acima da lei, vale dizer, de todo o direito positivo, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”).

<sup>12</sup> CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, 2ª edição (el título de la obra de 1908 de la publicación española: *La vida del Derecho y la impotencia de las leyes*), São Paulo/SP/Brasil, EDIJUR, 2003, p 194 (el original en la traducción portuguesa: “A lei deve adotar, com uma só palavra, o caráter novo de uma limitação do Estado, diante do direito da pessoa, o que significa, de alguma forma, a subversão da noção primitiva das regras jurídicas”).

refiere a ideología está vinculado a una base de fundamental contenido **técnico-jurídico** constitucional y penal, dentro del ordenamiento al que está vinculado, y de manera asumidamente democrática y liberal. Con el *consentimiento* atípico se cuida de la **afirmación** y de la consecuente **defensa** de un derecho humano con la garantía jurídica que se le debe asegurar en el marco del Estado social y democrático de Derecho. En síntesis, el recuerdo de que un derecho que no se puede ejercer acaba sin ser un derecho<sup>13</sup>.

**Luchar** por el Derecho justo y legítimo, **defendiéndolo** con seriedad, convicción y valor, significa también a un solo tiempo una especie de fórmula democrática-social mezclada con el deseo asumido hacia el bienestar individual y colectivo por extensión más adecuado para el desarrollo garantista del proceso de civilización. Es justo citar a VON IHERING<sup>14</sup>, cuando este jurista y filósofo alemán **plantea** que “la lucha por el derecho es un deber del hombre consigo mismo”; mientras “la defensa del derecho es un deber del hombre con la sociedad”.

Finalmente, y con profundo respeto de mi parte, aquél que no observa – y *peor, aquél que no quiere observar por razones que no sean de convicción jurídica* – la importancia **evidente** y **creciente** del *consentimiento* en general en el ámbito del Derecho penal y la necesidad de expandirlo como consecuencia natural de su condición jurídico-estructural directamente constitucional de expresión de **Derechos humanos** formalmente **normativizados** (*más específicamente el de autodeterminarse con libertad, el de desarrollar la personalidad y el de afirmar la dignidad de la persona*), sobre todo como **causa de atipicidad**, recuerda la figura de una especie de **homero**, bajo el más auténtico significado etimológico<sup>15</sup> de la palabra: el que no ve, o como mínimo el que no quiere ver.

---

<sup>13</sup> En este sentido, por todos HABERMAN, Léo, en *A História da Riqueza do Homem*, 21ª edição (traducción de Waltensir Dutra de la 3ª edición de 1959, publicada por la Monthly Review Press., New York, E.U.A.), Rio de Janeiro/RJ/Brasil, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1986, p 139.

<sup>14</sup> *A Luta pelo Direito... cit.*, p 62 (el original de la traducción em portugués: “a luta pelo direito é dever do homem para consigo mesmo; a defesa do direito é dever do homem para com a sociedade”).

<sup>15</sup> HOMERO, *La Iliada*, Madrid/España, clásicos selección (prólogo y notas de Juan Alarcón Benito), Edimat Libros, S.A., 1999, p 10.

# **CAPÍTULO I**

## ***INTRODUCCIÓN***

## I - CUESTIONES PREVIAS.

El *consentimiento* aún **no está** referido directamente en la mayoría de los Códigos penales en su Parte general, ni siquiera en los Estados sociales y democráticos de Derecho. Se regula, a menudo, con la Parte especial de los Códigos y aun otras leyes penales. Es un instituto de personalidad jurídica tan fuerte y constante que las más distintas explicaciones y calificaciones que le destinan los juristas, y algunas de ellas en clave de simplificación, no consiguen apaciguar la intensa discusión con respecto a él, ni tampoco los **espacios crecientes de importancia** que viene ocupando, cada vez más, en el escenario jurídico donde la libertad y los derechos individuales son defendidos y mantenidos.

En casi todos los debates penales el *consentimiento* es una realidad jurídica sumamente discutida, fundamentalmente a causa de la natural, permanente e importante **inquietud intelectual** que adorna a los penalistas modernos; a lo que bien se refiere QUINTERO OLIVARES<sup>16</sup> como una “insatisfacción” debido a su “estado de ánimo natural”.

Cierto es que hablar o confrontar opiniones e investigaciones, sobre todo hoy día, con respecto a la **Ciencia penal**, significa la inequívoca necesidad de recurrir a la **Política criminal** como impulsora y luz de las rutas de esta rama del derecho público. Y sobre ella, desde antes ya ha referido JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>17</sup> que “La Política criminal es un ‘Derecho penal dinámico’; tiende a realizar, dentro de lo que debe ser, aquello que es posible en las circunstancias de lugar y tiempo”.

En el ámbito de la Ciencia punitiva, seguramente en consecuencia destacable de su estructura jurídica más **sensible** a los cambios externos, además de expuesta a mutaciones, incluso expansivas, el relieve del *consentimiento* es **más expresivo** que en las demás ramas del Derecho. Tiene razón BARJA DE QUIROGA<sup>18</sup>,

---

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en *Adonde va el Derecho Penal – Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid/España, Thomson Civitas, 2004, p 18.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, en *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*, Madrid/España, Librería General de Victoriano Suárez, ya en comienzos del siglo XX (1918), p 9.

<sup>18</sup> BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El consentimiento en el Derecho Penal* (Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” – Colección dirigida por Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno Bravo {coordinador} y María Luisa

cuando escribe que “una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular de los bienes jurídicos”. Ocurre que al Derecho penal, como instrumento de control social formal (*aunque no exclusivo*) y efectivamente eficaz, no se puede aplicar sin el concurso (*y a veces preponderante, es verdad*) de la **filosofía**, de la propia **filosofía del derecho**, de la **sociología** y de la **política**<sup>19</sup>, bajo permanente crítica jurídica a nivel de fiscalización, reflexiones y desarrollos hermenéuticos, pero siempre firmada desde el Derecho positivo.

**Consentir**, desde la idea gramatical oficial, es “permitir algo o condescender en que se haga<sup>20</sup>”, tolerando, soportando. A su vez, y por supuesto, *consentimiento* es la “acción y el efecto de consentir<sup>21</sup>”. En **Derecho penal**, desde un planteamiento inicial más amplio, **consentimiento es el otorgar del titular del bien jurídico disponible, pidiendo o permitiendo que alguien haga alguna cosa, obligándose dicho titular a la renuncia del bien respectivo, siempre que manifieste su libre voluntad de manera expresa o tácitamente a ese respecto, lo que impone una vinculación jurídica<sup>22</sup> con efectos dogmáticos atípicos**. Así, hoy día en Derecho penal, bajo la crítica **responsable** y **progresista**, dichos límites son planteados y reciben tratamiento, ampliándose y rompiendo el conservadorismo negativo de épocas anteriores, que subyugaron al hombre como un mero instrumento de la voluntad de terceros, formalmente al mando y conservación del poder de que se hacía ilimitado el Estado, religioso o constitucionalmente laico, y cuando no de las conveniencias personales o de grupos de sus insensibles dirigentes. El *consentimiento* válido y eficaz es un instrumento de expresión de **libertad democrática** y **afirmación humana** tan fuerte y segura, social, política y jurídico-constitucionalmente aprobada, adecuada y necesaria, que su sentido estructural como manifestación de Derechos humanos y fundamentales rompe el escenario del propio indicio de imputación penal objetiva, despertando a su segura atipicidad sistemática.

---

Silva Castaño). Madrid/España, DYKINSON, 1999, p 3. Lo mismo en ‘*El consentimiento y la esterilización de los incapaces*’ – *Cuadernos de Política Criminal n° 44* (311/348), Madrid/España, EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.), 1991, p 311, complementando que “una concepción marcadamente liberal ha de prestar relevancia a dicho consentimiento, mientras que una ideología de corte totalitario o, al menos estatista, prescindirá del mismo”.

<sup>19</sup> P.e., QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho... cit.*, pp 18 y ss enfoca con objetividad la cuestión.

<sup>20</sup> *Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española*, vigésima segunda edición, 2001, p 629.

<sup>21</sup> *Idem supra*.

<sup>22</sup> El *consentimiento* suponiéndose la voluntad, por la acción del titular del bien jurídicamente disponible o por el circunstancial considerado, es decir, tácito o presunto, ya es un tema que pertenece a las causas de justificación, a lo que referiremos en su momento oportuno.



Con acierto, GÓMEZ NAVAJAS<sup>23</sup> **recuerda** que “el consentimiento es una figura ilustrativa del grado de libertad que el Estado confiere a los ciudadanos”. Así, cuanto más **democrático** sea el sistema jurídico constitucional-penal correspondiente, mayor será la libertad conferida al ciudadano para consentir, sin que ello en ningún momento pueda significar una libertad ilimitada, sin reglas o criterios que la impidan tornarse en un libertinaje contra el **equilibrio** de las relaciones humanas.

La **crítica**, expresión más fuerte de la **política criminal** que se plantea, aunque sea como perspectiva en cualquiera de las ramas del Derecho, no justifica su propio valor existencial, expresando su relieve útil y tampoco práctico, sin la **hermenéutica jurídica**. Así, tampoco puede existir el Derecho penal como ciencia del progreso e instrumento de control y equilibrio social sin el concurso permanente de la **exégesis**. El *consentimiento* en el marco del **Derecho penal**, por tanto, sin crítica y sin interpretación legislativa, es algo estéril como instrumento al servicio del bienestar, del desarrollo y del equilibrio social. Considerando que en el siglo XVI la **interpretación** de la ley podría haber significado algo moderno para la futura **crítica**, se merece una citación con significado histórico muy singular de PÉREZ LUÑO<sup>24</sup> (*a su vez tomando la referencia de A. PLACHY*<sup>25</sup>), enfocando la preocupación contenida en una carta ya de 1532, escrita por el jurista y humanista VIGLIUS VON ZWICHEM, la que dirigía a AMERBACH, asegurando que “sin interpretación no cabe doctrina jurídica y que el propio objeto de la jurisprudencia residía precisamente en hallar el método correcto de interpretación: Die richtige Methode der Interpretation zu finden”.

El *consentimiento*, en el marco de la Ciencia penal, **no puede** estar lejos de los cambios y de los avances sociales del mundo del siglo XXI, so pena de perder su valioso significado jurídico-existencial. Al fin y al cabo, el Derecho penal no es una ciencia estacionaria, sino un mecanismo jurídico para el **desarrollo** de la persona y de la propia humanidad, a merced de sus características peculiares dentro del ámbito del ordenamiento jurídico.

---

<sup>23</sup> GÓMEZ NAVAJAS, Justa, en *La protección de los datos personales*, Navarra/España, Editorial Aranzadi, S.A., 2005, p 219.

<sup>24</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, en *Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución – Octava edición*, Madrid/España, tecnos, 2003, p 249.

<sup>25</sup> *La teoria della interpretazione – Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Giuffrè, Milano, 1974, pp 1 y 22.

**Separando** el *consentimiento* del Derecho penal y el Derecho civil (*capacidad jurídico-civil*), MIR PUIG<sup>26</sup> entiende ser suficiente “en principio” la presencia de la “capacidad natural de discernimiento” del titular del bien, la que “le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento”, para su validez, lo que es lógicamente bastante **razonable**.

Desde luego, como titular del *consentimiento* auténtico, **atípico**, no hay ni puede haber víctima, sino **titular del bien jurídico**<sup>27</sup>, **titular del derecho** (*del derecho-poder*) o **titular del consentimiento**, a causa de que, una vez disponible en cuanto bien jurídico protegido, el resultante **objeto del menoscabo** fue ofrecido a la **utilización**, a la **donación** o incluso al **sacrificio**, parcial o total, a través de una deliberación libre y consciente, social, cultural, política y jurídicamente amparada, como una expresión efectiva del desarrollo de la personalidad, de afirmación de la dignidad del individuo y de la libertad de acción, características del verdadero Estado de Derecho, hermenéuticamente desde su base formal-constitucional. Sin embargo, y para conclusión de este breve párrafo, hay una **fuerte proximidad**, conceptual y práctica, entre **víctima** y **sujeto pasivo**<sup>28</sup>, aunque se pueda utilizar una distinción estructural entre dichos términos; esto es, el **sujeto pasivo** (*es decir, el titular del bien jurídicamente protegido, lesionado o amenazado*) es normalmente una **víctima** (*toda persona que sufre una lesión o amenaza, directa o indirecta, física o psíquica, independiente de poseer la titularidad del bien jurídicamente protegido o no*), directa o indirectamente, pero no toda **víctima** es necesariamente un **sujeto pasivo**<sup>29</sup>. **Víctima**, expresión con vinculaciones criminológicas

---

<sup>26</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 507.

<sup>27</sup> Entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, por ejemplo, toma una posición genérica contraria al término “víctima” para las hipótesis de pasividad, pues “Quien accede a yacer con otra persona, sin vicio de voluntad o consentimiento, o quien permite que se lleven algo de su casa no son ‘víctimas’ de violación o hurto cuyo consentimiento produzca efecto de atipicidad” – *Manual de Derecho Penal – Parte General* (con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut), 3ª edición, Elcano/Navarra/España, Aranzadi, 2 002, p 477. A su vez, COBO/VIVES *en Derecho penal – Parte general... cit.*, p 492, se refieren al “titular del bien”. También COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *en Instituciones de Derecho penal español – Parte general*, Madrid/España, CESEJ Ediciones, 2004, pp 156/160, al tratar del consentimiento citan al “sujeto pasivo” con frecuencia. De modo distinto MIR PUIG, *en Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 503 y ss, utiliza dicho sustantivo femenino “víctima” con regularidad.

<sup>28</sup> A su modo, QUINTERO OLIVARES se refiere al tema (*Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 481).

<sup>29</sup> Hay autores que utilizan los dos términos sin distinguirlos; *vide* RÉGIS PRADO, Luís, *en Comentários ao Código Penal – doutrina – Jurisprudência selecionada – Leitura indicada*, 2ª edição, revista e atualizada, São Paulo/SP/Brasil, editora Revista dos Tribunais, 2003, p 77, todavía añadiendo la expresión “ofendido” (ofender es un término en desuso gramatical en España, por lo que respecta a “hacer daño a alguien

más destacadas, representa la idea concreta de una terminología más amplia y dogmáticamente menos exigente, mientras **sujeto pasivo** es un concepto jurídico-penal (y también de importancia criminológica) más específico en su contenido estructural, aunque tampoco sea algo restrictivo. A modo de **ejemplo**, si un hombre recibe un disparo y fallece a causa del suceso (*un homicidio característico*), resulta ser él un sujeto pasivo (*del delito y de la acción, por supuesto*) y también una víctima. No obstante, sus hijos, *verbigracia*, ya no son sujetos pasivos, sino víctimas familiares (*en Criminología, dentro de la victimización primaria*) o perjudicados, pues no poseyendo la titularidad del bien jurídicamente protegido (*permanente, para la pasividad en el delito, ni temporaria, para la pasividad en la acción – no podrían disponer de la vida de su padre*), sufren daños y son sujetos jurídicamente capaces para la petición de resarcimiento de daños contra el responsable por la muerte. Otro **caso** es cuando uno presta su coche a un amigo y dicho vehículo es robado, resultando el propietario del bien sujeto pasivo del delito, mientras el poseedor (*titular temporario*) sujeto pasivo de la acción, pero ambos son víctimas y por supuesto capacitados para la petición de resarcimiento.

En cuanto ratifica a la **separación** del *consentimiento* penal del civil, BARJA DE QUIROGA<sup>30</sup> escribe que para la eficacia penal del instituto es bastante que posea el “sujeto pasivo” lo que se refiere dicho autor español como la “capacidad necesaria para comprender la situación en la que consiente”.

En este sentido, JESCHECK/WEIGEND<sup>31</sup> aluden a la **necesidad** de que el titular del bien jurídico de posea “una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho”.

A su vez, ROXIN<sup>32</sup> enfoca la “capacidad de comprensión” para la **validez** del *consentimiento*, mientras advierte que no se puede exigir de una sola entidad su

---

físicamente” – vide a *Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española... cit.*, p 1610, ítem 3), aunque en Brasil se presenta como un sinónimo adecuado para víctima, a causa de su amplitud gramatical y criminológica.

<sup>30</sup> *El consentimiento en Derecho Penal... cit.*, pp 14 y 15.

<sup>31</sup> JESCHECK/WEIGEND en *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 410, se refieren a “capacidad de razonamiento y juicio natural”. Bajo una distinción conceptual, con respecto al acuerdo es importante referir que es suficiente la “natural aprobación” (en ese sentido, *idem supra* JESCHECK/WEIGEND... cit., p 401).

<sup>32</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 536.

existencia. Así, entiende **demasiado sencilla** la opinión de que “en los casos tradicionales de acuerdo la cuestión depende de la voluntad natural del portador del bien jurídico, mientras que en el consentimiento, por el contrario, depende de la voluntad responsable y no turbada del portador del bien jurídico”. La **primera** hipótesis expresa que “solo la interpretación del elemento concreto puede determinar las exigencias en cuanto a capacidad de comprensión<sup>33</sup>”. La **segunda**, afirma que “son admisibles afirmaciones generalizables, porque el consentimiento se presenta aquí sólo como expresión de la libertad de acción en general, más allá de las singularidades de los elementos del tipo en particular<sup>34</sup>”.

Ahora bien, genéricamente son **aptos** para consentir (*refiero a su tercera modalidad: en sentido estricto*<sup>35</sup>) eficazmente dentro del marco del Derecho penal los que disponen libremente de su capacidad satisfactoria de discernimiento<sup>36</sup>; cierto es, todos aquellos que tengan **comprensión, interés y voluntad**, entendiendo y valorando lo que consienten con respecto al bien jurídico de que disponen y que acepten el menoscabo (*puesta en peligro, amenaza o lesión*), así como las consecuencias fundamentales del hecho consentido, al menos **satisfactoriamente**.

Es fundamental recordar, no obstante *an passant*, que **consentir en Derecho penal** no es lo mismo que **consentir en Derecho civil**. El Derecho civil (*Derecho privado*) contiene fórmulas legales más rigurosas y exigencias contractuales adecuadas a su ámbito operativo, pero a menudo innecesarias en el marco del Derecho penal (*Derecho público*); éste es (y *debe ser*) socialmente más objetivo, políticamente más práctico, estructuralmente más mutable y jurídicamente más sensible.

En ese contexto y genéricamente resultan como incapaces para consentir (*con discernimiento – mínimo, en la mayoría de los supuestos, y satisfactorio, en todos los*

---

<sup>33</sup> *Idem supra*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Desde luego es fundamental plantear una distinción en lo que respecta al acuerdo, lo cual no necesita los mismos rigores del consentimiento en sentido estricto para su validez. Por todos, cito a ROXIN (*Acerca del consentimiento en el Derecho penal' - Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 130): “El acuerdo debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad ‘natural’ de la víctima, aún cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico”.

<sup>36</sup> MIR PUIG apunta a la “capacidad natural de discernimiento” (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 513).

demás) tanto los **menores**<sup>37</sup> (*incapaces temporarios, en principio, pues aún no han alcanzado niveles razonables de desarrollo mental; sin embargo para determinados tipos de consentimientos puedan sufrir variaciones legales de edad – art. 181.2 del CPE: consentimiento inválido para los menores de trece años cuando con ellos se practiquen actos sexuales*) como los **enajenados mentales** (*incapaces permanentes*<sup>38</sup>) e igualmente los **que no puedan discernir a causa de un estado psicológico o psicosomático conturbado o de momentos de inconsciencia**; un trastorno físico y/o mental cualquier, pasajero o no (*incapaces coyunturales*<sup>39</sup> o *circunstanciales, como pueden ser los enfermos físicos o mentales*). El Código Penal de España, en su art. 25<sup>40</sup>, hace una interpretación auténtica de lo que entiende por incapaces. Así, la incapacidad de la persona, para que produzca sus efectos jurídicos, no depende de la declaración formal de la autoridad competente, sino que de hecho no pueda dicho individuo “gobernar” a sí misma o a sus bienes.

Los **menores** que, por causa **biológico-psíquica** de corta edad, tampoco disponen, por presunción, de sus **capacidades intelectual** (o *intelectiva*) y sobre todo **volitiva**<sup>41</sup> (o *del dominio de la voluntad*) de modo mínimo satisfactorio<sup>42</sup> (*la capacidad intelectual exige la comprensión en lo que respecta al carácter – criminoso, en Derecho*

---

<sup>37</sup> A los que, a depender de la especie de bien jurídico para el consentimiento, pueden y deben tener una variación de edad. Enfoca MIR PUIG a “límites de edad más elevados” (*Idem supra*).

<sup>38</sup> BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 37.

<sup>39</sup> *Idem supra*.

<sup>40</sup> “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

<sup>41</sup> Sobre ese importante tema, entre muchos autores de Manuales *vide* a MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 556 y ss; COBO/VIVES *en Derecho penal – Parte general... cit.*, pp 573 a 576, los cuales hacen una breve comparación entre los CPs. de Italia, Alemania y España,; JESCHECK/WEIGEND *en Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 466 y ss. Se debe recordar que la base científica de ese tema está en el Derecho alemán. En Italia, por todos, MANTOVANI, Ferrando (*Diritto Penale – Parte Generale – Quarta edizione/Italia, CEDAM, 2001, p 667*) se refiere a las capacidades de entender (“intendere”) y de querer (“volere”). La primera, “la actitud del sujeto, no sólo para conocer la realidad externa, es decir, aquello que se desarrolla en su exterior, sino sobre todo de darse cuenta del valor social, positivo o negativo, de tal realidad externa y de los actos que a él afectan (el original: “cioè l’attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, cioè che si svolge al di fuori di lui, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie”). La segunda, “la actitud del sujeto para autodeterminarse, es decir, para determinarse en modo autónomo y poder entre diversos motivos antagónicos elegir aquél que su inteligencia haya jugado preferible, y en consecuencia adecuar su comportamiento a la propia elección efectuada (el original: “cioè l’attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, a determinarsi cioè in modo autonomo tra i motivi antagonistici coscienti in vista di uno scopo, volendo cioè che l’intelletto ha giudicato preferibile fare e, quindi, adeguando il proprio comportamento alle sue fatte”).

penal; civil, en Derecho civil – del acto o comportamiento que se determina el propio sujeto a practicar o permitir que otro lo practique y va más allá del simple conocimiento de la realidad externa; a su vez, la capacidad volitiva es poseída por aquellos sujetos que tienen condiciones psicológicas de actuar según dicho entendimiento intelectual anterior, o sea, conociendo sus desdoblamientos satisfactoriamente), **constituyen** un caso a parte de extremo relieve y que desafía a otras reflexiones, incluso teleológicas.

Como ha dicho VON LISZT<sup>43</sup>, mientras recuerda a JULIUS FRIEDRICH, el “Derecho, en fin, tiene una `estructura teleológica”<sup>44</sup>. Y prosigue, inspirado en VON IHERING, refiriendo que el “fin en el Derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses” y que “la idea del fin da fuerza generadora al Derecho<sup>45</sup>”. Es obvio que **el Derecho no es estático**, ni puede serlo, para el bienestar de la propia humanidad a que debe servir.

Recuerda MORILLAS CUEVA<sup>46</sup> el **método teleológico** como el “**instrumento** más idóneo para la captación del sentido de la norma penal” e incluso “para muchos es el criterio prevalente con respecto a los demás”, llegando algunos científicos “a plantear la existencia de una relación de jerarquía en la que en primera línea figura este criterio”. En fin, sobre el sentido del sistema teleológico, prosigue el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada, que “se encamina a captar el fin o `telos` de la norma” como “una interpretación progresiva, en la idea de actualizar continuamente los textos legales para que la comprensión de éstos no quede, en la medida de lo posible, retardada de la realidad a la cual son aplicados<sup>47</sup>”. Acerca de ese **tema teleológico**, sin olvidar el esfuerzo imprescindible para mantenerlo bajo el **principio de legalidad**, lo que abarca una investigación imprescindible también de carácter procesal penal<sup>48</sup> y naturalmente constitucional, mantendré otros contactos más adelante, con respeto a la

---

<sup>42</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal... cit.*, p 465 se refiere a “grado mínimo de capacidad de autodeterminación”.

<sup>43</sup> *Tratado de Derecho Penal – Tomo Segundo – tercera edición (traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña)*, Madrid/España, Instituto Editorial Reus, S.A. – Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, volumen XXVI, p 64.

<sup>44</sup> Entre otros autores, la valoración teleológica general es hecha por MORILLAS CUEVA, Lorenzo en *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª edición, Granada/España, Universidad de Granada, 1993, pp 159 y ss (“La dirección teleológica alemana”) y 274 y ss (“El sentido teleológico”).

<sup>45</sup> *Tratado de Derecho Penal – Tomo Segundo... cit.*, p 64.

<sup>46</sup> MORILLAS CUEVA, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 187.

<sup>47</sup> *Idem supra*, p 188.

metodología y a la cronología del raciocinio lógico que se intenta hacer presente en este trabajo.

CUELLO CONTRERAS<sup>49</sup>, a su vez, **refiere** que la ley penal no es “un puro recetario”, es decir, una “mera formula que simplemente se aplique al caso concreto”. En su lugar, indica la necesidad de que sea “interpretada antes de poderla aplicar”. Y añade que tanto “los tribunales de justicia” como “la doctrina científica” deben demostrar que “la ley debe ser aplicada al caso que se cuestiona<sup>50</sup>”. Lo contrario generaría inseguridad ante la perspectiva del injusto dentro del marco del **Estado de Derecho**. Plantea, además, la necesidad de atender si los métodos gramatical, histórico y lógico-sistemático son suficientes para interpretar la ley, lo que debo considerar una perspectiva con seguridad y justicia. En este sentido es importante “averiguar para qué puede servir la ley en el momento actual, una vez que se ha independizado del legislador que la promulgó<sup>51</sup>”. Así, con acertado planteamiento exalta que la ley existe para “servir a la solución de los problemas actuales”, siendo esta la razón a que el sistema teleológico se destina a adaptar la norma “a los cambios sociales experimentados entre el momento de la promulgación y el actual”, resultando la importancia de “la finalidad de la ley en sí misma<sup>52</sup>”.

Siendo las leyes elaboradas **para casos en general**, por una parte no pueden estar perennemente al día con los casi siempre muchos cambios sociales, y por otra parte no deben, consecuentemente, quedarse **sin intervenir** ante los casos especiales que les presentan en el medio jurídico y social al cual deben servir intensamente y con seguridad teleológica, a minimizar eventuales deficiencias estructurales legislativas ante los casos reales presentados o ante su propio desgaste temporal, bajo la censura de poder tornarse un mecanismo formal de opresión e injusticias. Seguramente, para reprochar la legalización de la injusticia, y al contrario **concretizar la labor justa**, es imprescindible que el aplicador del Derecho se mantenga

---

<sup>48</sup> Sobre los efectos procesales del consentimiento también lo alerta BARJA DE QUIROGA en *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 23 *in fine* y 25.

<sup>49</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín, en *El Derecho Penal Español – Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tercera edición, Madrid/España, Editorial DYKINSON, 2002, p 223. Merece registrar que el Manual de la Parte general de CUELLO CONTRERAS es uno de los más completos y eruditos que he leído en el ámbito del Derecho penal de España.

<sup>50</sup> *Idem supra*.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p 226.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

dentro del marco del Derecho positivo con atención a la respectiva rama jurídica, aunque perfeccionando el extremo respeto a la **supremacía de la Constitución**. En ese sentido acuña ROXIN<sup>53</sup> que se “debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas”.

MORILLAS CUEVA<sup>54</sup> acude con importante **observación político-criminal** al entendimiento que busco desarrollar, en el sentido de que el sistema debe ser la base investigadora y laboral del jurista, sin embargo “tiene que acercarlo continuamente a la realidad”, una vez que intente afrontar con seguridad y justicia el problema que se presente.

En continuación a dicho raciocinio jurídico y crítico del maestro granadino hacia un sistema penal más abierto, añade y complementa ROXIN<sup>55</sup>, que “un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible”, equilibrando las **exigencias** del Estado de Derecho con las del Estado social, y eso deduciblemente añadido con las del Estado democrático.

En definitiva, también como **refirió** JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>56</sup> en 1918, respecto a la “Kriminalpolitik”, esta es una “ciencia de posibilidades”, en busca permanente del **equilibrio** y del progreso de ese objeto tan complejo que es la sociedad.

La Política criminal y el método teleológico son muy útiles cuando se les emplea en conjunto el jurista. Por tanto, es obvio que se debe buscar, en primer lugar, el pretendido equilibrio social en la **Ciencia penal** (*y ante el consentimiento*) dentro de las normas específicas ofrecidas al caso concreto, evaluando los métodos de interpretación gramatical, histórico y lógico-sistemático, aislada y conjuntamente. No obstante, sin una **política criminal** asociada a una permanente comprensión y valoración del universo humano real, individual y social en constantes cambios, por parte de dicho científico del derecho, con acogimiento **teleológico** en el marco del sistema jurídico-constitucional y

---

<sup>53</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 217.

<sup>54</sup> *Metodología y Ciencia Penal... cit.*, pp 304 y 305.

<sup>55</sup> ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal* (traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano), Valencia/España, tirant lo blanch, 2000, p 31.

<sup>56</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Política Criminal... cit.*, p 10.



penal, se torna dicha Ciencia jurídica un instrumento cerrado y legalmente con tendencia a una inercia de relieve perjudicial a la persona humana y a las garantías del Estado social y democrático de Derecho. En última instancia, un sistema cerrado y excesivamente formal sirve mejor como **instrumento** para legalizar injusticias. Lo cierto, y sumamente justo, es que siempre que una ley no realice la justicia del Derecho ante la armonía y la supremacía político-teleológica de los principios, de los valores y de las reglas constitucionales, **pierde** su fuerza legal, su legitimidad constitucional y su sentido aplicativo y garantista para aquel caso concreto.

## II - EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL.

El *consentimiento*, como afirma ROXIN<sup>57</sup>, posee “una larga y variada historia”, en lo que respecta a su **importancia** para la Ciencia punitiva. Así, si tratáramos semejante evolución histórica detalladamente, bajo la atención que su importancia reclama, se desviaría el tema central de esta investigación, razón por la que me he dedicado a enfocar lo que entiendo cronológicamente de mayor **relieve** hacia el eje de este trabajo y la actualidad del acto de consentir.

Buscar una expresión escrita y legal de amplitud jurídica segura como una especie de **punto histórico de partida** del *consentimiento* en el ámbito o con reflejo en el Derecho penal no es tarea fácil. Sin embargo, entre los textos jurídicos que se conocen, parece muy **aceptable** la referencia de ROXIN<sup>58</sup>, citando a ULPIANUS, en el Digesto de Justinianus (*Libro 47 – D. 47.10.1.5*): *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*<sup>59</sup>, lo que es

---

<sup>57</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 511.

<sup>58</sup> *Idem supra*, p 511.

<sup>59</sup> No constituye injuria – *en su sentido amplio, infracción penal en contra al patrimonio, a la libertad, al honor, a la propia vida, etc.* – lo que se realiza bajo la voluntad del que la autorizó. Incliniéndose contrariamente a la amplitud de la cita, *vide* a JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal – Volumen IV*, 2º edición, Buenos Aires/Argentina, 1961, p 574), también citado por SEGURA GARCÍA, María José (*‘El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos’ – Dogmática y Ley Penal – Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo – Tomo I* – Coordinadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar, Madrid/Barcelona/España, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004. p 828, n.p 3), enfocando que “el consentimiento en el texto romano tenía un sentido muy limitado, pues excluía únicamente el delito de *iniuria* (lesión jurídica intencional de la persona en su cuerpo, en su situación jurídica, en su honor), pero no el homicidio cometido mediante consentimiento del sujeto pasivo, que no era estimado como *iniuria*, sino como delito contra el Estado, contra la comunidad”. Ello, añade la autora española, porque “siendo el Derecho penal de carácter público, la voluntad de los particulares no debía valorarse a la hora de

otro testigo del dominio de los romanos no solamente en el Derecho privado<sup>60</sup>. Añade el jurista alemán que la información cronológico-complementaria de dicho escrito romano se transformó en otra afirmación jurídica más conocida hoy en día: *volenti non fit iniuria*<sup>61</sup>. A ello también hacen referencia COBO/VIVES<sup>62</sup>, aunque alertando los **límites** del *consentimiento*. Por supuesto, la necesidad de proteger al hombre, incluso contra él mismo, ha impuesto siempre limitaciones a dicha afirmación jurídica, porque hay bienes (*la vida, por ej.*) que se ponen por encima de la amplia voluntad de consentir del titular del derecho, como exigencia social, cultural, política, jurídica y legal.

## 1. PRINCIPALES VARIACIONES DE LA DOGMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO EN ALEMANIA (ZITELMANN, HONIG, MEZGER, VON HIPPEL).

La **doctrina** alemana es un punto de referencia en la investigación del *consentimiento* en general. Como recuerda GANDARA VALLEJO<sup>63</sup>, firme desde su determinación unificadora, es allí donde “se han producido los adelantos más significativos en esta materia”. **Asumiendo** la omisión por lo que respecta a otros científicos alemanes de igual o semejante relieve, **resumo** muy brevemente la idea y las variaciones germánicas principales del *consentimiento* en el ámbito cronológico y evidentemente anterior al pensamiento monista al que suscribo, con ZITELMANN, HONIG, MEZGER y VON HIPPEL.

Inicialmente, ZITELMANN<sup>64</sup> **enfrenta** el análisis del *consentimiento* bajo una perspectiva de Derecho privado, es decir, del **Derecho civil**, al tratarlo desde una **uniformidad sistemática** tan radical que el permiso (*o al revés la prohibición*), de una

---

declarar determinada conducta como contraria al Derecho”. Lo cierto es que, tanto en su sentido más amplio como expresando un significado más restrictivo, los romanos consideraron el consentimiento de manera históricamente relevante.

<sup>60</sup> CUELLO CONTRERAS, señalando al consentimiento, escribe que la “figura ya era conocida en el Derecho romano (‘volenti non fiat iniuria’). *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 723, *in fine*. Entre otros juristas y a su modo, COBO/VIVES apunta al “*volenti non fit iniuria*”, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, 493.

<sup>61</sup> No se practica ningún injusto, cuando lo autoriza el titular del bien.

<sup>62</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 493.

<sup>63</sup> GANDARA VALLEJO, Beatriz de la, *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva*, Madrid/España, Colex, 1995, p 11, *in fine*.

norma perteneciente directamente a una determinada rama del Derecho se comunica a todas las demás ramas. Ello significa que el *consentimiento* penal sólo tiene validez y eficacia mientras lo permita de igual modo la unidad cerrada de las demás ramas jurídicas, a partir de su relieve civilista. Si una norma penal permite el ejercicio del *consentimiento*, y si se le da eficacia, eso vale para los otros sectores jurídicos.

La cuestión del *consentimiento* para ZITELMANN **funciona** como si fuera un negocio jurídico excluyente de la **antijuridicidad**, lo que también enfoca GANDARA VALLEJO<sup>65</sup> respecto a este pensamiento alemán: “por lo tanto, el consentimiento excluirá la antijuridicidad si y sólo se trata de un negocio jurídico del titular del bien jurídico dirigido a esta exclusión”. Sobre esta perspectiva de origen sajón del *consentimiento*, hoy día **desterrada** del espacio jurídico aplicativo, es muy crítico ROXIN<sup>66</sup>, al referir que “la teoría de la declaración de la voluntad (mejor: teoría del negocio jurídico), fundamentada por ZITELMANN y ahora por lo general abandonada, concibe el consentimiento como un negocio jurídico de Derecho privado”.

HONIG<sup>67</sup>, a su vez, **expresa** la existencia de un punto común en el ámbito de los entendimientos jurídicos con respecto al *consentimiento*, que es la **dependencia** de la “eficacia del consentimiento”, según la pujanza que manifieste el que consiente respecto al objeto de algún modo lesionado por la actividad humana punible. Así, la clave para reconocer la validez y eficacia del *consentimiento*, de conformidad a esta posición sistemática sajona, es la “naturaleza jurídica del objeto lesionado o puesto en peligro por la acción punible<sup>68</sup>”.

Como manifestación resumida de su concepto dogmático, HONIG **propone** la exclusión de la punibilidad, cuando medie el consentimiento del titular del bien, en los comportamientos descritos como antijurídicos y en las acciones contra o sin la voluntad del afectado que pertenezcan al tipo, o entonces siempre que su persecución esté a

---

<sup>64</sup> ZITELMANN, Ernst, en *Ausschluß der Widerrechtlichkeit – Archiv für die civilistische Praxis –*, Tomo 99, 1906, pp 1 y ss.

<sup>65</sup> *Consentimiento, bien jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 15.

<sup>66</sup> ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ en *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 162. Igual en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 533.

<sup>67</sup> HONIG, Richard, en *Die Einwilligung des Verletzten – Parte I (Geschichte und Methodenfrage) –*, 1919, pp 1 y ss.

<sup>68</sup> Por todos, véase también a GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 26.

merced de reclamación del lesionado; esto es, si no resulte de modo distinto en la Parte especial de la Ley.

MEZGER<sup>69</sup>, partiendo de un análisis de los elementos **subjetivos del injusto**, trata la cuestión del *consentimiento* refiriendo que dicho injusto significa **siempre** una lesión de intereses en lo que se refiere a su “contenido material”. El *consentimiento* en general está vinculado al principio de falta de interés<sup>70</sup> y la Ciencia penal “sólo se ocupa de la protección jurídica de bienes del tráfico privado en medida muy restringida”, sentencia MEZGER.

La teoría de la **dirección de la voluntad** en detrimento de la declaración de la voluntad (*opción defendida en el planteamiento de ZITELMANN*), es la que adopta MEZGER. La cuestión de que el autor debe conocer el *consentimiento* otorgado por el titular del derecho no es **imprescindible** para su validez y eficacia. La eficacia del *consentimiento*, referente al campo del hecho **pretendido** por el autor o del resultado, debe ser decidida a favor del agente, lo que manifiesta el contenido de “un elemento subjetivo del injusto<sup>71</sup>”.

Finalmente, VON HIPPEL<sup>72</sup> **destaca** el *consentimiento* excluyente de la antijuridicidad para los casos donde en primer lugar está el interés privado, debiendo exaltar que no es posible disponer con validez y eficacia sobre bienes públicos o con “decisivos intereses de terceros” (*homicidio, muchas de las modalidades de lesiones corporales, perjurio, etc.*). Además, cualquier atentado contra la ley o las buenas costumbres torna el *consentimiento* ineficaz. En ese contexto también sobresale la problemática del interés con referencia a su concepto unitario.

---

<sup>69</sup> MEZGER, Edmund, en *Die subjektiven Unrechtselemente – Der Gerichtssaal –*, 89, 1924, pp 207 y ss.

<sup>70</sup> También por la importancia científica de ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 521), él asevera que MEZGER, al desarrollar un sistema dualista con respecto a las causas de justificación, vincula la “mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero el consentimiento al principio de ausencia de interés”. No obstante, prosigue el maestro de la Universidad de Munich, que esto es un equívoco, pues exactamente porque el desinterés “permite que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto”, es entonces un problema del tipo, es decir, de atipicidad.

<sup>71</sup> Con idéntico significado, cito a GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 38.

<sup>72</sup> VON HIPPEL, Robert, en *Deutsches Strafrecht – Tomo II (Das Verbrechen)*, Allgemeine Lehren, 1930, pp 243 y ss.

Son **tres** los grupos que **admiten** el *consentimiento* con eficacia, de conformidad a VON HIPPEL y según sintetiza, por todos, GANDARA VALLEJO<sup>73</sup>: 1 – “el delito exige una acción contra o sin la voluntad del afectado” (*este tipo excluye a la tipicidad*); 2 – “casos específicos en los que la ley se declara expresamente sobre el significado del consentimiento” (*la exclusión de la antijuridicidad se la encuentra allí*); y 3 – sucesos “en los que la decisión acerca de la eficacia del consentimiento debe ser deducida del significado y finalidad de la protección del bien jurídico” (*aunque con su base efectivamente separatista, dicho planteamiento expresa una inclinación político-teleológica muy clara*).

Estas fases del pensamiento dogmático en Alemania expresan parte de la importante **valoración** histórica del *consentimiento*.

## 2. BREVES NOTAS SOBRE LAS MÁS RELEVANTES OPINIONES HISTORICAS.

Merecen ser destacadas **tres opciones** jurídicas con relación al asunto sujeto a análisis.

Me refiero, **primeramente**, a la Escuela (*a que apunta ROXIN<sup>74</sup> como doctrina*) de Derecho natural, en la que se incluyen los hegelianos y muchos de los juristas actuales. Dicho pensamiento tiene vinculación y exigencia con la posibilidad de validez del *consentimiento* solamente cuando **ejercido** en relación a los nombrados *derechos subjetivos*, una vez, naturalmente, encontrándose ellos bajo la posibilidad legal de permiso del titular del bien jurídico. Esto, pues, no hace resultar puesta en peligro, amenaza o lesión en contra a la voluntad objetiva común, la que pretende proteger dicha toma de posición<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> *Consentimiento, bien jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 41.

<sup>74</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 511.

<sup>75</sup> Respecto a esta breve referencia, véase a ROXIN (*idem supra*); del mismo modo a JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 404), que, mientras refieren a “teoría” del Derecho natural, recuerdan a FEUERBACH, KLEINSCHROD, KLEIN, como algunos de sus seguidores.

Contrariamente se manifiesta la denominada **Escuela histórica del derecho**. Así, expresando el Derecho penal el orden estatal a lo largo de su historia, no puede sujetarse a la disposición (*valoración*) del particular. Dicho entendimiento se constituye un rechazo al poder del *consentimiento* en lo que respecta a la punibilidad, incluso como principio suyo, resultando que las situaciones legalmente permitidas para *consentimiento* del titular del bien jurídico protegido se constituyen verdaderas excepciones<sup>76</sup>.

Con la **Escuela sociológica del derecho**, el delito es explicado como una lesión de intereses, intentando alcanzar el resultado de que el *consentimiento*, como una expresión libre y consciente de la voluntad humana, que renuncia a la protección penal del Estado acerca de un determinado bien personal, debe estar asegurado jurídicamente. Ello, entonces, excluye la propia infracción jurídica del autor del hecho, **justificándola**, mientras abarca derechos como la integridad física y la propia vida<sup>77</sup>.

### 3. FASES ESENCIALES.

En lo que respecta a la teoría del *consentimiento* en los últimos años de su desarrollo histórico, MAURACH/ZIPF<sup>78</sup> y, en España, entre otros, PÉREZ ALONSO<sup>79</sup>, indican **tres fases**.

---

<sup>76</sup> Semejante y antes, *vide*, p.ej., a ROXIN (*ibidem*); también a JESCHECK/WEIGEND (*idem supra*), que citan a ROBHIERT, STAHL, como adeptos de la Escuela histórica.

<sup>77</sup> Con un abordaje corto sobre el tema, pero didácticamente preciso, véase a ROXIN (*ibidem*, pp 511 y 512); de igual modo a JESCHECK/WEIGEND (*ibidem*), que apuntan a GRAF ZU DOHNA, KEBLER, PFERSDORF, como algunos de sus defensores.

<sup>78</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, pp 285 y ss.

<sup>79</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, en `Delitos de acción. La tipicidad (II)' – *Derecho Penal – Parte General* – 2ª edición revisada y puesta al día con las recientes reformas penales, Tema 22 (José Miguel Zugaldía Espinar: Director). Valencia/España, tirant lo blanch, 2004, p 464. Resume dicho autor que, primeramente, el consentimiento fue empleado como una causa de justificación (“exclusión de la antijuridicidad”), “mientras que otro sector doctrinal importante” empezó la fase bipartida (actualmente aún predominante), es decir asentimiento (atípico) y consentimiento (justificante), hasta que actualmente “se impone cada vez más la idea de que el consentimiento debe ser considerado en todos los casos como una causa de exclusión de la tipicidad”. Dicho autor se inclina en el sentido del entendimiento unificador, lo que le “parece más convincente”. Merece no olvidar que dicha 2ª edición (2004) omite cualquier referencia a la identificación del autor del Tema 22 que aludimos, no obstante esa autoría de PÉREZ ALONSO consta referida en la 1ª edición (2001) de manera muy clara, en la página dedicada a los “Autores de los temas”.

La **primera** llega hasta después de la 2ª Guerra Mundial, cuando entonces se “consideraba unánimemente que el consentimiento constituía una causa de justificación<sup>80</sup>”. En dicho período lamentablemente el *consentimiento* no **disponía** de atención científica, tampoco de relieve dogmático suficiente para su desarrollo y consecuente ubicación más destacada y fuerte en el importante ámbito de la teoría del delito<sup>81</sup>, **además** de estar vinculado a las discusiones y estudios de temas doctrinarios en su aspecto más parcial (*lo que era y en qué límites se podía ejercer la capacidad de discernimiento; los atentados contra las buenas costumbres y sus límites para poder consentir el titular del bien, etc.*).

La **segunda** desde comienzos de la década de los 50 del siglo pasado, a través de la Tesis Doctoral de GEERDS<sup>82</sup> (*y a posteriori con otros trabajos acerca del tema<sup>83</sup> de la repartición del consentimiento*). Desde entonces, comienza la estructuración sistemática de la teoría dualista y la conformidad del titular del bien pasó a actuar en el ámbito del tipo, mientras el *consentimiento* se mantuvo como una causa de justificación. Es decir, que mediando el **acuerdo** del titular del bien, no resulta **lesión cualquiera** al que sería el bien jurídico protegido sin ese asentimiento. El *consentimiento*, lo mantuvo GEERDS para los casos “en los que la lesión típica subsiste a pesar del consentimiento válido y eficaz<sup>84</sup>”. Dos ejemplos básicos y muy característicos se expresan desde entonces, con respecto al acuerdo: el **hurto** y el **allanamiento de morada**. Ello, a causa de que es conceptualmente inaceptable que acaezca una lesión patrimonial o una violación domiciliar sin que el autor actúe en contra a la voluntad del titular del bien jurídico. Respecto al *consentimiento* justificante, las lesiones autorizadas en general son un ejemplo práctico utilizado, no obstante hoy día ya suelen ocurrir entendimientos

---

<sup>80</sup> MAURACH/ZIPF, *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 285.

<sup>81</sup> Como recuerda, por todos, MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 145, n.p 5), “procede” fundamentalmente de VON LIZT el concepto de delito como siendo integrado por “acción, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad”, y sólo con BELING fue introducida la tipicidad.

<sup>82</sup> GEERDS, Friedrich, en *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten (Consentimiento y acuerdo en las lesiones)*, Universidad de Kiel/Alemania, 1953. Desde este trabajo monográfico, GEERDS distingue la expresión de la voluntad a que nombra acuerdo (eliminadora de la tipicidad) del consentimiento (eliminador de la antijuricidad). Con semejante referencia, véanse, por todos, a MAURACH/ZIPF, en *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 285 y a JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho – Parte General... cit.*, pp 399 y 400 y n.p 2.

<sup>83</sup> A esto también se refiere POLAINO-ORTS, Miguel, en ‘*Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad*’ (163/204) – *Cuadernos de Política Criminal – segunda época*, Zaragoza/España, CESEJ (Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas), nº 82, 2004, p 165.

separatistas dentro del marco del propio dualismo (*el consentimiento en las lesiones quirúrgicas, para dicha doctrina divisionista mayoritaria, ya actúa en el ámbito del tipo*<sup>85</sup>).

La **tercera** se concreta a partir de “comienzos de los años 70” del siglo XX (*época que recuerdan puntualmente MAURACH/ZIPF*<sup>86</sup>), sobre todo por medio de ARMIN KAUFMANN, como cita CUELLO CONTRERAS<sup>87</sup>. Se trata de una parcela cualitativamente considerable del pensamiento jurídico-penal que **viene desarrollando** la obstinada y firme convicción jurídica de que tanto el **acuerdo** como el *consentimiento auténtico* forman un **conjunto** general (*una especie de unidad dogmática*) que debe ser investigado, desarrollado y considerado en el **ámbito de la tipicidad**. La puesta en peligro, la amenaza o la lesión son **atípicas** ya que el bien disponible y su menoscabo se torna un mero objeto del hecho, tras la mediación de la otorga válida y eficaz, alejando por completo el interés penal.

#### 4. EL CONSENTIMIENTO EN DERECHO PENAL CON REFERENCIAS COMPARATIVAS ENTRE ALGUNAS LEGISLACIONES.

En el ámbito del Derecho penal **comparado**, el tema del *consentimiento* jurídico-penal abarca multitud de variables según el ordenamiento jurídico sometido a análisis. Básicamente por su desarrollo histórico propio y los **sistemas jurídicos naturales**, lo que es enfocado, por ejemplo, a través de JESCHECK/WEIGEND<sup>88</sup>, desde una perspectiva de relieve dualista, pero de importancia generalizadora.

Los ordenamientos jurídico-penales mundiales no identifican expresamente el **acuerdo** ni el *consentimiento en sentido estricto* como causas de **atipicidad** o de **justificación** en sus **Partes generales** (*con algunas excepciones*), remitiéndola a sus Partes especiales.

---

<sup>84</sup> Por todos, también lo recuerda POLAINO-ORTS, ‘*Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad*’ ... cit., p 165.

<sup>85</sup> Vide, p.e., a JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 400 y 401 y n.p. 8.

<sup>86</sup> *Derecho penal – Parte general...* cit., p 286.

<sup>87</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General...* cit., p 725.

<sup>88</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General...*, cit., pp 412 y 413.



El Derecho penal de **España**, tanto en su doctrina como en su jurisprudencia, bien conocidas en el sistema jurídico-penal del mundo, demarca los supuestos de **acuerdo**, aunque apunte el *consentimiento* mayoritariamente como una causa de justificación total o parcial (*ésta, obviamente con resultados más atenuadores sobre la pena*). Sin embargo, el *consentimiento* no es citado en la Parte general del CPE<sup>89</sup>, **sino** en algunos tipos de la Parte especial (*el art. 156, verbigracia*); es decir, no hay todavía una referencia general expresa al *consentimiento*.

En **Alemania**, lo que a su vez es conocido mundialmente, la doctrina distingue muy detalladamente entre **acuerdo** y *consentimiento en sentido estricto*, mientras su legislación penal se refiere al *consentimiento* con la idea dogmática de causa de justificación (*lesiones corporales*<sup>90</sup>, v.g.). La jurisprudencia alemana es amplia en el abordaje de este tema y sus variaciones. Como en España, la doctrina alemana extiende el número de sus juristas que adoptan el *consentimiento* como causa de **atipicidad**, aunque la mayoría permanezca empleando el sistema dualista.

**Italia** contiene las **consideraciones** doctrinales en lo que respecta al *consentimiento* en Derecho penal cerca de las alemanas, y ello a partir de la base formal del art. 50 del CPI<sup>91</sup>, cuya amplitud positiva merece ser comentada. También allí, todavía prepondera el entendimiento **separatista** respecto al *consentimiento*, incluso con estímulo formal, ya que dicho tema es tratado en la “*Sezione III: LE SCRIMNANT*”, codo a codo con el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad y el uso legítimo de un arma<sup>92</sup>. Aunque contenga una de las Partes **generales** más reconocidas y estudiadas en todo el mundo, el mayor relieve al Derecho penal de Italia está en su Parte **especial**.

---

<sup>89</sup> Refiriendo al tema, *vide* a QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 478 y 479), MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 507), COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 494/496, con un análisis histórico del consentimiento en los Códigos penales de España, desde 1963, cuando el legislador rompió con el silencio guardado sobre dicho tema hasta entonces), etc.

<sup>90</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 412 y 405 n.p. 33.

<sup>91</sup> “Consentimiento del titular del derecho. No es punible el autor que lesiona o expone a peligro un derecho, a través del consentimiento de la persona que pudo disponer con validez” (El original: “*Il consenso dell’avente diritto. Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre*”).

La doctrina penal de **Portugal** distingue entre **acuerdo** y *consentimiento*, conforme a la línea dominante. El Código penal portugués, en su art. 31º.1 (*Capítulo III del Título II*), que hace un abordaje sobre las causas de **exclusión de ilicitud** y de culpa, afirma que “no es criminalmente punible el hecho, cuando su ilicitud sea excluida a través del orden jurídico, así considerado en su totalidad<sup>93</sup>”. A ello, añade en el apartado 2, d, de dicho artículo que no se constituye un hecho ilícito todo aquél practicado “con el consentimiento del titular del interés jurídico lesionado<sup>94</sup>”. ARIEL DOTTI<sup>95</sup> recuerda que esto da pasaje al sistema y precede las *causas de licitud* de la Parte general del CPPo. El *consentimiento (tanto real como presunto)* es reglamentado en los arts. 38º y 39º, **equiparándolos** la Ley penal portuguesa en cuanto a sus efectos en el marco de la teoría jurídica del delito, incluso preservando sus “buenas costumbres<sup>96</sup>”.

El sistema jurídico-penal, su doctrina mayoritaria y su jurisprudencia dominantes en **Brasil**, plantean el **acuerdo** de modo distinto del *consentimiento en sentido estricto*, bajo una estructura históricamente parecida a la que utiliza Alemania, a pesar de la influencia italiana en aspectos de esa rama del Derecho y de las muchas investigaciones (*unas tantas de ellas originales*) que realizan los ilustres juristas brasileños. El Derecho penal español, a su vez, viene creciendo actualmente en Brasil como otra opción internacional de **relevante** valor para investigación. El **acuerdo** (o el *consentimiento atípico para la doctrina divisora*) tampoco consta en el Ordenamiento jurídico-penal de Brasil referido de modo directo en la Parte **general** del CP, **sino** en algunos supuestos de la Parte **especial**, resultando su desarrollo y largo empleo en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>97</sup> desde un enfoque de principios y valores constitucionales

---

<sup>92</sup> Sobre el tema y por todos, véase a MANTOVANI, en *Diritto Penale – Parte Generale... cit.*, pp 249 y ss, con destaque al consentimiento a partir de la pág. 262.

<sup>93</sup> El original: “o fato não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada em sua totalidade”.

<sup>94</sup> El original: “Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

<sup>95</sup> ARIEL DOTTI, René, en *Curso de Direito Penal – Parte Geral, 1ª edição, 2ª tiragem*. Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Editora Forense, 2002, p 404.

<sup>96</sup> Acerca del consentimiento en Portugal y por todos, véase a FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra/Portugal, Coimbra Editora, 2004, pp 440/456. Este autor lusitano refiere al consentimiento “real ou efectivo (ou simplesmente ‘consentimento’)”.

<sup>97</sup> STJ/HC 21129 (Min. GILSON DIPP) – 06.08.2002: “Restando evidente que el agente hubiera utilizado estratagema, ardid, engaño a que las víctimas yacieran con él, implica que no se considera la mediación del consentimiento de dichas víctimas con respecto a las prácticas sexuales a las que acaecieran, en tese, con el autor”. ... “No hay que estimar sobre baja en la imputación penal a causa de atipicidad de la conducta, pues el proceso apunta el contenido de los tres elementos necesarios a la configuración del delito de pose sexual mediante fraude en el comportamiento del agente: relación sexual, honestidad de las víctimas y fraude con la

e infra-constitucionales, como una unidad jurídica coherente y eficaz, expresando su acogimiento característico del Estado democrático (y *social*) de Derecho, en lo que se constituye teóricamente Brasil, después del advenimiento de la Constitución democrática de 05 de octubre de 1988, además de la realidad política y cultural que representa por sí solo el derecho-poder lógico de consentir en su sentido más amplio. El *consentimiento*, a su vez, tampoco se contempla **directamente** en la Parte general del CPB.

Así, no exactamente como lo enfatizan JESCHECK/WEIGEND<sup>98</sup>, el Código penal de Brasil, en su Parte especial, apunta **supuestos de acuerdo** (*directo*<sup>99</sup> e *indirecto*<sup>100</sup>) y de *consentimiento*<sup>101</sup>; éste, aún lo considera la mayoría de los juristas brasileños como causa de **justificación**<sup>102</sup>. El CPB también normativiza situaciones de consentimiento **excepcional** (*defectuoso o impropio*); es decir, como causa de atenuación del potencial de injusto y consecuente reducción proporcional de pena fijada en la propia descripción general del tipo<sup>103</sup>. Así, la mayoría de la doctrina (y *también de la jurisprudencia*) **brasileña**, siguiendo a la teoría dualista, se posiciona hacia el *consentimiento* como causa de **atipicidad** y como causa de justificación, empleando el término **acuerdo**<sup>104</sup> para el primer caso. Sin embargo, semejante, v.g, a España y

---

que se utilizó el agente para conseguir el acto sexual respectivo”. El original: “Evidenciando que o réu teria se utilizado de estratagemas, ardil, engodo para que as vítimas se entregassem à conjunção carnal, não se vislumbra a existência de consentimento das vítimas para as práticas sexuais ocorridas, em tese, com o paciente”. ... “ Não há que se falar em trancamento da ação penal por atipicidade da conduta, se os autos dão conta de que o procedimento do paciente reúne os três elementos necessários para a configuração do crime de posse sexual mediante fraude: conjunção carnal, honestidade das vítimas e fraude empregada pelo agente”.

<sup>98</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 413. En dicha traducción española JESCHECK/WEIGEND recuerdan que el CPB “no contiene ninguna regulación” acerca del consentimiento.

<sup>99</sup> *Verbigracia*, el art. 150, *caput*, del CPB (allanamiento de morada con el asentimiento expreso o tácito del titular del bien). Por todos, *vide* a RÉGIS PRADO en *Comentários ao Código Penal... cit.*, pp 618 y 619.

<sup>100</sup> Por ejemplo, el art. 155, *caput*, del CPB (hurto, siempre y cuando la cosa móvil es sustraída del afectado, obviamente sin su permiso). Véase, por todos, a RÉGIS PRADO (*idem supra*, p 637).

<sup>101</sup> Arts. 128, II (aborto consentido en caso de estupro), 146, §3º, I (intervención médica o quirúrgica que, sin el consentimiento del paciente o de su representante legal, sólo resulta impune cuando la vida del titular del bien está en peligro inminente; en caso de estar inconsciente el afectado, ello ya constituye un consentimiento presunto o, un en su caso, en estado de necesidad), etc. Por todos, RÉGIS PRADO (*ibidem*, pp 541 y 604 y 606).

<sup>102</sup> Entre otros: MOURA TELES, Ney, en *Direito Penal – Parte Geral – volume I*, São Paulo/SP/Brasil, Atlas S.A., 2004, pp 272/274; ARIEL DOTTE, *Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 405; RÉGIS PRADO, *Ibidem*, p 140; MIRABETE, *Manual de Direito Penal – Parte Geral – I – arts. 1º a 120 – 19ª edição*, São Paulo/SP/Brasil, Atlas S.A., 2003, p 192.

<sup>103</sup> Arts. 126 (aborto consentido de forma inequívoca por la gestante) y el ahora atípico 220 (rapto consentido). Acerca del tema, por todos, RÉGIS PRADO (*ibidem*, p 540) y MIRABETE (*idem supra*, p 193).

<sup>104</sup> P.e., DAMÁSIO DE JESUS, en *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*, São Paulo/SP/Brasil, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abril de 2000, p 1. Artículo disponible en [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm).

Alemania, crece el número de los juristas que vienen adoptando o inclinándose a la teoría **monista**<sup>105</sup>, bajo su fuerte argumentación lógico-constitucional y social-demócrata.

El Código Penal de **Perú** de 1991 se refiere al *consentimiento*, por supuesto válido e eficaz, reconociéndole “plena eficacia liberatoria<sup>106</sup>” y ámbito general, es decir, que estará “exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición” (*art. 20.10*). No obstante, la Ley penal peruana **exceptúa** determinados bienes jurídicos individuales de esta regla general, a ejemplo de los arts. 112 (*homicidio piadoso*), 114/116 (*sobre situaciones de aborto*), aunque **se aplica** a las lesiones, las que no llevan “reglas especiales en el consentimiento<sup>107</sup>”.

## 5. EL HISTÓRICO INTERVENCIONISMO ESTATAL.

Además de todo, es bien verdad que históricamente lo que se observa es que el **intervencionismo estatal** ha sido siempre una **constante** en el ámbito del Derecho penal, lo que bajo las debidas proporciones es comprensible e incluso necesario y hasta imprescindible a la mejor disciplina y al mayor equilibrio legal de la sociedad, pero ello **jamás** ilimitadamente, como si fuera el hombre un ser desprovisto de inteligencia, razonamiento y del Derecho fundamental y singular de poder decidir libre y conscientemente sobre su propio destino y sus bienes, **autodeterminándose** como le sea mejor, mientras no imponga amenaza ni daño a los verdaderos intereses jurídico-sociales y personales.

Es cierto también que en el ámbito de los Estados sociales y democráticos de Derecho el ente estatal no puede disponer de un poder intervencionista tan amplio a punto de permitir casi **esclavizar** el desarrollo de la personalidad humana y su propia

---

<sup>105</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juez en *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2000, p 198; DAMÁSIO DE JESUS, *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva... cit.*, p 2; etc.

<sup>106</sup> Véase, por todos, a POLAINO-ORTS, Miguel, en ‘¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’ (215/256) – *Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano* – Anuario de Derecho Penal – Doctrina, jurisprudencia, legislación y bibliografía (Director: José Hurtado Pozo; Coordinador: Iván Meini Méndez), Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo/Suiza, Fondo Editorial, 2003, n.p. 11, p 222.

<sup>107</sup> *Idem supra*.

dignidad, al hacer restricciones a menudo insensibles, demasiadas y muchas veces de poca lógica en el ámbito de la disponibilidad de bienes para el *consentimiento*. En ese contexto de actualidad, contrariamente al inadecuado y **extremo intervencionismo** del Estado, BARJA DE QUIROGA<sup>108</sup> se refiere a la invocación del *right to be alone*<sup>109</sup> como un mecanismo de defensa del ciudadano en contra de dichos excesos del poder estatal.

Así, bajo su autodeterminación libre y **compatible** al desarrollo histórico del *consentimiento* – *con excepción de aquellos bienes necesariamente indisponibles, de interés colectivo y jurídico a la mantención y a la búsqueda del equilibrio social, e incluso protegiendo de sí mismo el titular del derecho* –, la persona es **titular** de muchos y variados bienes jurídicos y está en condiciones de decidir sobre ellos, según mejor le parezca a sus intereses y opciones personales, a nivel de mecanismo de garantía jurídica<sup>110</sup>. Ello, actualmente se observa de modo **creciente** en los Estados de Derecho, donde la democracia y los valores sociales deben ser más que una referencia teórica y en los cuales la **responsabilidad** ciudadana y jurídica debe convertirse en una realidad factual constante.

La **historia** y la destacada **coherencia evolutiva** del *consentimiento* en el ámbito del Derecho penal se constituyen como el más **importante** e **imparcial** testigo de su pasado hacia su presente, que ya proyecta el futuro rumbo a una conciencia jurídica de avances y atipicidad general (*conjunta*) en el marco de la teoría del delito.

---

<sup>108</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 23.

<sup>109</sup> Ello expresa el derecho del ciudadano de poder, por sí sólo, según su determinación personal; esto es, decidir sobre los bienes disponibles en su esfera de dominio, sin el intervencionismo antidemocrático del Estado.

<sup>110</sup> Desde luego, siempre que refiero a “garantía jurídica”, se la considero como mecanismo jurídico abstracto y disponible al logro concreto de la finalidad principal del Derecho (la justicia), a partir del equilibrio alcanzado entre la norma característicamente genérica y su empleo patentemente justo hacia los casos prácticos y reales del medio social y jurídicamente protegidos en el marco del sistema a que pertenezca.

### III - LA IMPORTANCIA DE LOS ESTADOS SOCIALES Y DEMOCRÁTICOS DE DERECHO PARA LA GARANTÍA JURÍDICA Y EL DESARROLLO DEL CONSENTIMIENTO.

Es **verdad** que no se puede hablar con seguridad en lo que respecta a garantías legales ni a Derechos fundamentales, sino bajo un **Estado de Derecho**<sup>111</sup> real, lejos del mero simbolismo garantizador. **Tampoco** se puede referir con tranquilidad al reconocimiento, a la defensa y al desarrollo de los intereses individuales y sociales, a partir de una equilibrada protección del universo de bienes jurídicos (*personales, supra-individuales, colectivos y estatales*), sino teniéndose la concretización de un verdadero **Estado social**. **Además**, para la expresión más garantizadora de la libertad individual y colectiva y su perfeccionamiento, aún es imprescindible considerarlas dentro del marco de un **Estado democrático**<sup>112</sup>. De esta triple **referencia**, con relieve al impulso ulterior a la 2ª Guerra Mundial, se desarrolló y resultó la fórmula básica de los modernos Estados sociales y democráticos de Derecho<sup>113</sup>, en cuyas estructuras se puede investigar con mayor profundidad y comprender científicamente la importancia y la necesidad de la **teoría del consentimiento penal** en el ámbito jurídico y social para asegurar su peculiar tendencia de expansión.

Es **oportuno** matizar que al referirme a la **garantía jurídica**, en esta investigación, no lo hago a los modales inflexibles de la perspectiva de VON LIZT, a la que recuerda, *v.g.*, ROXIN<sup>114</sup>; es decir, con una función muy delimitada en la que se agota

---

<sup>111</sup> PÉREZ TREMP, Pablo, en *Los derechos fundamentales' – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 6ª edición, Valencia/España, tirant lo blanch, 2003, p139, además enfatizan que “sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe el Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales”.

<sup>112</sup> En ese sentido *idem supra*, p 140 y ss; MANUEL DURÁN, Víctor, *Estado Social de Derecho, Democracia y Participación*, Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos, Valle de Bravo, México, 22/25 de abril de 2001, <http://utal.org/movimiento>; Capítulos 1, 3 y 7; aun puede leerse a GARCÍA SIERRA, Pelayo, en *Estado de derecho/Estado democrático de derecho*, artículo en 04 hojas con fuerte expresión filosófica y crítico-ideológica, <http://www.filosofia.org/filomat>; etc.

<sup>113</sup> “España, se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la *libertad*, la *justicia*, la *igualdad* y el pluralismo político.

*La soberanía reside en el pueblo español*, del que emanan los poderes del Estado.” (Art. 1.1 y .2 de la Constitución de España, – *destaques nuestros* –, consecuencia jurídica expresiva de su fórmula política – *vide* el Preámbulo). *Vg.* en Brasil, *vide* el Preámbulo y los arts. 1º, I/V, 3º, I/IV, 4º, II, III, IV, V, VIII y IX y 5º I/LXXVII y §§ 1º y 2º.

<sup>114</sup> *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal* (tradução de Luís Greco), Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP/Brasil, Renovar, 2002, pp 12 y ss

la actividad legal. Es una verdad que siempre que el sistema **impida** que se adentren **interrogantes** y **sugerencias políticas** y **socio-criminales**, ciertamente se estará garantizando **soluciones obvias** y **uniformes**, aunque **no siempre justas** al caso concreto, lo que implica institucionalizar la perspectiva de un Derecho injusto; esto es, no garantizador. **Sin embargo**, si **tanto** es indudable que cuestiones respecto a política criminal y aspectos de certeza sociales integran el contenido del Derecho penal, **igualmente** es lógico y fundamental mantener “intocadas” y absolutamente “íntegras todas las exigencias garantizadoras<sup>115</sup>”, equilibrándolas como un sistema de procedimiento enteramente compatible entre sí y jurídicamente civilizado hacia el futuro. Me refiero a la garantía dentro de un sistema de Derecho **abierto**, donde tanto la **dimensión social** como la **política** están presentes, sin impedimentos excesivos de orden formal. Este sistema abierto es el sistema que mejor acoge el progreso jurídico, sin acomodaciones intelectuales ni tampoco la aplicación matemática de la ley.

Cito a ROXIN<sup>116</sup> en el **sentido** de que “sumisión a derecho y adecuación a fines polítocriminales (Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) no pueden contradecirse, sino que deben formar una síntesis, a ejemplo de la que forman el Estado de Derecho y el Estado social, representando una unidad dialéctica” ya que “un orden jurídico sin justicia social no es un Estado de Derecho material, tampoco pudiendo utilizarse de la denominación de Estado social un Estado planeador y providencialista que no acoja las garantías de libertad del Estado de Derecho”.

La **importancia** del Estado social y democrático de Derecho para la garantía jurídica y la protección del binomio hombre/colectividad en su significado social y jurídico en las sociedades modernas (*con patentes beneficios al consentimiento atípico, por supuesto*), la reafirma ROXIN<sup>117</sup>: “El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad”.

---

<sup>115</sup> *Idem supra*, p 14.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p 20 (el original: “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética” ... “uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planeador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito”).

<sup>117</sup> *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal... cit.*, pp 31 y 32.

Merece seguir, dando énfasis al principio de **legalidad**, que es enfocado, p.e., a través de MORILLAS CUEVA<sup>118</sup> en el marco del Estado de Derecho, y para la Ciencia punitiva, como una **garantía fundamental** a los **ciudadanos**, lo que refiere muy oportunamente el maestro granadino, recordando al “triumfo de la bandera del legalismo” como una forma de “sometimiento del Estado a la ley y la seguridad jurídica de la persona”, mientras apunta con **justicia histórica** a CESARE BONASAÑA, responsable más destacado entre los iluministas por lo que respecta al planteamiento formal-inicial de la legalidad como principio de indudable garantía jurídica. El principio de legalidad es un tema tratado directamente en todas la Constituciones democráticas de la modernidad y sus efectos y desdoblamientos hoy día están envueltos con el aseguramiento y la expansión de los Derechos fundamentales, lo que implica la base constitucional del *consentimiento* también dentro del ámbito de la legalidad amplia; es decir, tanto interna como externa.

En ese contexto amplio de garantías jurídicas al *consentimiento (atípico, como eje en esta investigación)*, es oportuno recordar el principio de **proporcionalidad**. Tal principio, no obstante posee un significado real más restrictivo en el ámbito de la Ciencia material penal (*todavía*) que en el ámbito constitucional, expresa un relieve dogmático **formidable** y creciente, condicionando y minimizando la intervención de dicho Derecho punitivo, solamente para cuando se haga efectivamente **necesario**, constituyendo una condición dentro del sistema para el intervencionismo, como incide AGUADO COREA<sup>119</sup>, igualmente cuando sea adecuado para “lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso”.

Además de todo, tratar de un **verdadero** Estado social y democrático de Derecho es considerar un Estado moderno; y un Estado moderno no puede existir con garantía, legalidad y justicia rápida sin la valoración jurídicoteleológica de sus normas y de su propio ordenamiento. **Recuerda** ROXIN<sup>120</sup> que se “debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas”. El Catedrático de Munich **añade** que “si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa,

---

<sup>118</sup> *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos... cit.*, pp 115 y 116.

<sup>119</sup> AGUADO CORREA, Teresa, en *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid/España, EDERSA, 1999, p 113.

<sup>120</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 217.



estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida” y ese fallo ha causado demasiadas “dificultades<sup>121</sup>”.

BARJA DE QUIROGA<sup>122</sup> apunta con propiedad a la **máxima** jurídica-internacional egresa del liberalismo de que “lo que no está prohibido está permitido” en los Estados sociales y democráticos de Derecho, sobre todo, donde se debe partir con respeto a la “libertad de la persona humana” y que, por supuesto, la prohibición a la manifestación del hombre no debe ser **indirecta** ni **deducible**, sino siempre “una excepción expresa”; es decir, **directa e inconfundible**.

A su modo, MAURACH/ZIPF<sup>123</sup> enfocan la **certeza** racional de que todos los tipos penales se destinan a la **protección** de bienes jurídicos con valor destacado para la “vida en común”; al menos en principio. Mientras tanto, al tratarse de “bienes jurídicos individuales” los objetos de dicha protección, a vez que esté el titular del derecho “dentro de los márgenes de su facultad de disposición” y que acaezca el *consentimiento*, el objeto efectivo del ataque es **extraído** del campo de protección penal, pues la norma penal asume el carácter subsidiario en razón de la renuncia, “puesto que el ordenamiento jurídico y social reconoce la primacía de la facultad de libre disposición de cada individuo”, lo que solo es posible bajo un “Estado de Derecho”, donde el ejercicio personal de la libertad individual es tan amplio que se lo debe considerar un valor de la sociedad<sup>124</sup>.

En conclusión, es cierto que el Estado social y democrático de Derecho **moderno** parte de la base jurídico-estructural del Estado liberal clásico. Además, hablar del *consentimiento*, sea lo que sea, es hablar de **Derechos fundamentales**<sup>125</sup> (*desarrollo de la personalidad, dignidad humana, libertad de decisión y acción, igualdad real, etc.*), a través de los cuales se expresa dicho instituto en el escenario específico de la Ciencia

---

<sup>121</sup> *Idem supra*.

<sup>122</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 57 y 58.

<sup>123</sup> *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 288.

<sup>124</sup> *Idem supra*. En su exposición, MAURACH/ZIPF se refieren a “Jescheck, 303”, aunque este otro autor germánico adopte una postura distinta respecto al consentimiento dentro de la teoría jurídica del delito.

<sup>125</sup> LÓPEZ GUERRA, en ‘*El Derecho Constitucional español. Origen y características de la Constitución*’ – *Derecho Constitucional – Volumen I... cit.*, p 140 *in fine*, hace cita de la STC 25/81 (el caso Legislación antiterrorista I) enfocando el tema en el sentido de que los Derechos fundamentales “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia”.

punitiva. Por consiguiente, el auténtico reconocimiento, la más fiel expresión y la segura y permanente garantía de los Derechos fundamentales (*p.ej., el consentimiento*) dependen indudablemente de la existencia, vigencia y eficacia constante, equilibrada y garantizadora del **Estado de Derecho** (*social y democrático*).

La existencia de los Estados jurídico-políticamente modernos es lo que también **facilita y propicia** el acogimiento de ese instituto tan valioso al equilibrio del Derecho penal, en el sentido de que, cuando no se constata directamente la presencia del *consentimiento* en los Códigos penales, o entonces se lo apunta de modo insuficiente, su reconocimiento y aplicación puede y debe darse a través de causas **supralegales**<sup>126</sup>, que son una necesidad socio-política y una realidad jurídico-democrática.

JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>127</sup>, con respecto al instituto jurídico de la supralegalidad, aunque específicamente justificante, y en una sola cita, **criticando** a los rigores del positivismo legal, se pronunció desde varias décadas en defensa de dicha supralegalidad, a partir de la teoría de las normas de BINDING, expresando que “no es posible rechazar, con un razonamiento *político*, la necesidad de abandonar el *positivismo* legal y de admitir la justificación *supralegal*”. Añade este autor que los “*positivistas legales* no pueden aceptarla”, por supuesto refiriéndose a la supralegalidad. Más allá, con relación a las ideas alemanas, JIMÉNEZ DE ASÚA da **relieve** a no creer “que, hoy en que el Derecho asume un carácter social y en que quedan enterradas las concepciones del positivismo legalista, tan gratas a los liberales del siglo XIX, pueda oponerse nadie a las fórmulas supralegales, sobre todo después de lo escrito por Radbruch y Welzel<sup>128</sup>”.

Dichas causas **supralegales**<sup>129</sup> son un tipo de **guardianas** expresivas de los Derechos fundamentales cuando los sistemas jurídicos específicamente analizados (*el*

---

<sup>126</sup> Por supuesto, las causas supralegales no son nuestro objeto específico de investigación. Sin embargo de la importancia del tema, optamos por su abordaje y curto a no desviar la atención de la idea principal de esta investigación.

<sup>127</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal – Tomo III – El delito*, tercera edición actualizada, Buenos Aires/Argentina, Editorial Losada, S.A., 1965, p 1070.

<sup>128</sup> *Idem supra*, p 1071.

<sup>129</sup> Bajo el prisma de la supralegalidad justificante, entre otros autores de igual valor analiza el tema QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 475 y 476), DAMÁSIO DE JESUS (*Direito Penal – 1º volume – Parte Geral*, São Paulo/SP/Brasil, Editora Saraiva, 1999, pp 360 a 362), ARIEL DOTTI (*Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, pp 404/406). Contrariamente, MIRABETE, Julio Fabbrini (*Código Penal Interpretado*, quarta edição, São Paulo/SP/Brasil, Editora Atlas S.A., 2003, pp

*penal, p.ej.*) no contienen directamente determinadas previsiones de relieve jurídico y político con seguridad ni objetividad, olvidando o no adoptando dichas cautelas legislativas, resultando, *verbigracia* en este caso especial y formal del *consentimiento*, más limitado el marco infraconstitucional de la libertad ciudadana individual y privada, aunque **constitucionalmente** amparado.

Sobre las causas supralegales en el escenario penal, todavía creo ser oportuno decir que pueden encontrar su fundamento tanto en la **consideración** de normas extra-penales como en la relevante **valoración** jurídico-social positiva, que resulta de ciertos hechos (*a partir de los principios generales del Derecho*), de la teoría de la auto-complementación del ordenamiento jurídico y de la unidad jurídica lógica de dicho Ordenamiento, los que, no obstante y acertadamente, **exijan** la labor de los científicos dentro del marco de sus límites, los permiten investigar y tomar posiciones en toda su amplitud, siempre que el hecho real lo haga necesario y justificado. El *consentimiento* en ese marco es tan importante para imponerse jurídicamente en la sociedad que los ha generado y hecho expandirse a nivel de un reconocimiento benéfico con resultado legal, sea **atípico** o incluso raramente **justificante**, pero siempre bajo su previsión (*directa o indirecta*) y validez constitucional. Se deduce, entonces, que ni el dogmático, sobre todo, y tampoco el aplicador del Derecho, deben abandonar los límites del ordenamiento jurídico general en estos dos presupuestos, como una forma segura de garantía jurídica.

No obstante, observando desde dentro del ámbito separatista, hay también juristas que entienden como cierta la **manifestación** de “los supuestos de justificación de la conducta en función de normas jurídicas no penales<sup>130</sup>”, a través del propio Derecho penal positivo, desde la base formal (*amplia*) del art. 20.7º del CPE (*el “ejercicio legítimo de un derecho”*), que acoge de manera **genérica** “cualquier norma del ordenamiento jurídico, que de ese modo suministra en su conjunto fundamento a la posible justificación de la conducta<sup>131</sup>. El mismo QUINTERO OLIVARES<sup>132</sup> hace hincapié en los principios generales del derecho y de la analogía (*aunque in bonam partem*), que, “aun cuando no encuentren asiento adecuado” en dicho precepto originalmente justificante, pueden

---

209 y 210), el cual, bajo una perspectiva general, entiende que el *ejercicio legítimo de un derecho* es suficiente para acoger los casos de justificación supralegales.

<sup>130</sup> QUINTERO OLIVARES, en *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 475.

<sup>131</sup> *Idem supra*.

<sup>132</sup> *Ibidem supra*, pp 475 y 476.

expresar su relevancia “en la medida en que afecten a la posibilidad de concretar un desvalor social”, es decir de otro modo que la sociedad lo valora positivamente, como “especie de fiador jurídico”, el comportamiento que se esté analizando.

En ese marco, desde pronto planteo que no se debe confundir el *consentimiento* con el *ejercicio legítimo de un derecho*<sup>133</sup> y tampoco el *consentimiento presunto* con el *estado de necesidad*<sup>134</sup>, que son causas legales de justificación. Se trata de institutos jurídicos distintos, a los que me referiré más adelante. También, respecto al **cumplimiento de un deber**<sup>135</sup>, y a la legítima **defensa de la persona o derechos propios o ajenos**<sup>136</sup>, no contienen dichos institutos elementos tan cerca del interés a esa investigación, ya que no dependen del *consentimiento* a que puedan ser reconocidos con eficacia jurídica, sino están sujetos a la necesidad de cumplir el autor los deberes correspondientes a su cargo, oficio o profesión o a un conflicto de intereses, prevaleciendo el interés jurídicamente superior<sup>137</sup>.

La propia **supralegalidad atípica** es algo que puede sonar un poco raro, inicialmente, pero es un mecanismo jurídico tangible en el ámbito del *consentimiento* bajo su aspecto general y de conformidad a la **unicidad**, a la **auto-complementación** del ordenamiento y a sus **principios generales**.

Siendo la **atipicidad** en su forma más genérica la ausencia de actividad humana (*positiva u omisa*), según el precepto penal legalmente descrito – *es decir, con más amplia expresión: la observancia de no atentarse en contra a la norma contenida, impuesta y vigente en él precepto de cualquier modo* –, mientras tanto puede que en determinados presupuestos el autor **actúe** según dicho comportamiento teóricamente

---

<sup>133</sup> Art. 20. 7º, 2ª parte del CPE; art. 23, III, 2ª parte del CPB. El StGB alemán no contiene el “ejercicio legítimo de un derecho” expresamente referido, aunque su reconocimiento, investigación y empleo por la doctrina y por la jurisprudencia alemana resulta de la imponencia de su carácter supralegal, característica de los Estados de Derecho, a partir de los principios generales del Derecho, de la unidad de sus postulados y de la teoría de la complementación del ordenamiento jurídico. COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 497) escriben que no “se debe olvidarse, al solventar cada caso, que el fundamento justificante del consentimiento radica en que otorga un derecho a realizar el acto típico: en nuestro ordenamiento positivo el consentimiento opera sobre la base de la eximente número 7 del artículo 20”.

<sup>134</sup> Art. 20. 5º del CPE; § 34 del CPA; arts. 23, I e 24 del CPB.

<sup>135</sup> Art. 20. 7º, 1ª parte del CPE; art. 23, III, 1ª parte del CPB. El StGB alemán tampoco contiene referencia expresa respecto a dicha causa de justificación. No obstante, su manoseo ocurre del mismo modo y por idénticas razones que las del “ejercicio legítimo de un derecho”, antes enfocadas.

<sup>136</sup> Art. 20.4º del CPE; §§ 32 y 33 del CPA; arts. 23, II y 25 del CPB.

<sup>137</sup> En ese sentido, pe., *vide* a ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 521 y 522).

reprochable previsto en la ley (*conducta y tipicidad formal*), sin que resulte una tipicidad completa (*daños posibles de reproche jurídico*), como ejemplo de supuestos en los que se emplea la teoría de la adecuación social pura.

Sin embargo, **para que la tipicidad** se concrete en el marco del *consentimiento*, es imprescindible que el **objeto** de dicha actividad humana sea igualmente un **bien jurídicamente protegido**. Resulta que, a causa de la mediación del *consentimiento* auténtico válido y eficaz, el que cambia la condición de **bien jurídico** para **objeto del hecho**, no acaece cualquier actividad o conducta humana donde se pueda apuntar menoscabo (*amenaza o lesión*) a dicho bien jurídico, **sino al objeto del hecho** en aquel caso. Así, sin que resulte menoscabado un bien jurídicamente protegido, **no hay comportamiento típico atendido** por el autor, incluso desde su **aspecto formal**. Ello tanto puede acaecer desde una regla de **Derecho específica** y formalizada para una determinada situación (*el caso de los trasplantes {lesiones} en Derecho penal español, p.e., que tampoco impide consideraciones dogmáticas de supralegalidad para ubicarlo en el ámbito de la atipicidad*) como desde **otras reglas jurídicas más amplias** e incluso directamente supralegales (*el supuesto de la libertad individual para que, bajo el consentimiento, el autor impida al titular del bien moverse físicamente con plena libertad, mientras estudia para una oposición al día siguiente, v.g.*), aunque necesariamente dentro del marco del Derecho y, en nuestro estudio, destacadamente de la Ciencia penal, con evidente **base constitucional**. Entonces, si el agente ni siquiera actúa de conformidad al comportamiento efectivamente descrito en la ley (**formal**), impidiendo así que se configure la primera de las formas de tipicidad (*la formal*), debido a la interferencia pujante de un **factor externo con índole personal interna** a las previsiones para aquel hecho, esto hace el tipo de injusto inexistente y resulta patente el **desinterés del Derecho penal**, a causa de dicho fallo elemental e inicial.

Así, algunas son las causas generales (*y no directamente previstas, o previstas en parte en la Ley*) que fundamentan la **atipicidad**, como por ejemplo la **adecuación social**, por sí sola, que actúa en dicho **ámbito típico**, y el propio *consentimiento* (*nuestro eje, lo que se expresa como un factor social, jurídico, cultural y político-criminal de manera muy lógica*), que **interfiere ya en el propio comportamiento formal**, lo que es visto bajo una expresiva y reconocida justa **manifestación monista** de la voluntad libre de la persona (*desarrollando su personalidad y reconociendo el valor de*

*su dignidad*), incluso, cuando necesario sea, por encima de las reglas de Derecho inferiores, desde la supremacía de los **preceptos constitucionales** a los que deben aquellas adaptarse, y cuyos efectos impiden **cualquier daño o amenaza** al bien jurídico, al revés de lo que mantienen los seguidores del pensamiento dualista. Hay un menoscabo resultante, lo reitero, sin embargo al **objeto del hecho** tras la mediación del *consentimiento*, y no a un bien jurídico. Se deduce que lo que es comúnmente un bien jurídico, lo es en otras circunstancias que no sean esas donde la expresión de la voluntad (*en dichos casos envuelta en soberanía*) del titular del bien contiene el **poder legítimo y jurídico** para cambiar la concepción y el significado de ese bien al **consentir**, alejando por completo el interés penal.

Además, si hoy por hoy el Estado social y democrático de Derecho aún no es efectivamente el **modelo político y jurídico ideal** (*y muy difícilmente habría de serlo bajo la histórica realidad mundial*) a que se pueda alcanzar de hecho la amplitud de su concepto teórico, ni expandirlo a lo que se refiere y necesita el avance real que propone su fórmula política, **ello es lo mejor que tenemos**, y desde entonces es de nuestra responsabilidad, de los que creemos en sus fundamentos y sabemos de su valor jurídico, social, democrático, político, humano, cultural, emprender esfuerzos perennes a su mejoramiento y desarrollo, sin permitirnos acomodar a las improductivas y perjudiciales críticas de los que sólo critican por criticar, a menudo incapaces que son de realizar algo verdaderamente provechoso **en beneficio** de los demás y de sí propios.

## **CAPÍTULO II**

### ***EL CONSENTIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA.***

## I - CONCEPTO Y TIPOS DE CONSENTIMIENTO.

El *consentimiento* en su forma más pura implica la **necesidad** de contener una serie de elementos<sup>138</sup> que deben distinguirlo y consecuentemente a una variación más estructural y rigurosa de su concepto, sin los cuales él no puede existir, válida y eficazmente, sobretodo como **causa excluyente de tipicidad**. Componen, pues, dicho instrumento de expresión y libertad ciudadana tanto aspectos elementares como exigencias inseparables de carácter subjetivo y objetivo.

Sobre el **consentimiento auténtico** puede decirse que se trata del derecho y del poder que la persona tiene para expresar libremente su propia voluntad, renunciando, total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio, los cuales se tornan meros objetos de menoscabo, siendo imprescindible que dicho comportamiento esté de conformidad al ordenamiento jurídico vigente, alejando así el interés penal en una situación que sería típica sin la mediación de ese consentimiento. A mi juicio, ello significa un concepto valorativo directo que representa con seguridad el relieve del instituto dentro del ámbito de la Ciencia constitucional y penal, sobre todo, destacando su importancia **axiológico-monista** hacia sus desdoblamientos en el marco de la **actividad jurídica material y procesal** respectiva. Dicho concepto, mientras apunta a la valoración de la condición humana, con el desarrollo de la personalidad y el relieve a la dignidad del individuo, atrae para si el respeto de que no debe olvidarse el legislador, ni tampoco el jurista en general, dentro del marco de la garantía jurídica.

Es importante plantear, aunque ya se pueda tener como deducible, que **toda** teoría dedicada a la investigación, genérica o específica, del *consentimiento* hacia

---

<sup>138</sup> Evidentemente, parte de la doctrina global aborda con vigor este asunto específico del consentimiento. Desde ahora, y entre muchas otras, destaco algunas referencias de España y Alemania: MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 512/514; BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 14/18; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 351; SÁINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – 3ª Edición*, Barcelona/España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1990, pp 578 y 579; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 409/412; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal – Parte general – 1... cit.*, *idem* pp 290 y ss; ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 526/542, más específicamente, etc., etc., etc.



sus efectos **atípicos**, debe estar fijada en el *consentimiento real, concreto*, alejada del consentimiento **presunto**<sup>139</sup>.

**Ahora bien**, afirmando y reiterando la importancia y las características estructurales del *consentimiento*<sup>140</sup> con validez y eficacia en la Ciencia penal, trato en este momento de la perspectiva complementaria y armónica de un otro **concepto** hacia el mismo fin **atípico** y de relieve humano del titular del bien, es decir, más **detallista** y elemental, abarcador de sus requisitos que creo esenciales en la actualidad, como la capacidad con voluntad natural o el discernimiento mínimo o satisfactorio<sup>141</sup>, a depender de la hipótesis, que posee el titular del bien jurídico originalmente protegido, y no obstante disponible para, sin vicio impeditivo y ex ante facto, manifestando su intención de modo por mínimo perceptible, y bajo conocimiento razonable del autor, solicitar o autorizar, directamente o por representante legal con determinación específica y en principio expresa, que tercera persona le haga algo determinado, como una patente renuncia a la protección penal del propio bien jurídico, lo que en otras condiciones constituiría una infracción legal, pero en ese caso actúa en el tipo como obvia causa de **atipicidad**.

Es también **importante** plantear que hay en general **dos** tipos básicos de bienes jurídicos disponibles con importancia fundamental para esta investigación. El **primer**, significa los bienes jurídicamente disponibles **directamente por la ley** (*la morada para la entrada, el cuerpo para ciertas lesiones, etc.*). El **segundo**, son los bienes jurídicamente disponibles en **consecuencia** de la **coherencia, unidad y eficacia** del **sistema jurídico** (*la vida, excepcionalmente, por ej., en determinadas autopuestas en peligro de muerte, en la eutanasia, etc.*).

---

<sup>139</sup> Se puede considerar que el consentimiento presunto se trata de una suposición (y por lo tanto no expresa una voluntad real del titular del derecho), no obstante basada en un hecho concreto (v.g., alguien que muere y sus familiares o representante donan sus órganos, a partir de la comprensión de que sería este el deseo del difunto, el que era un conocido humanista) y con su propio e indiscutible valor jurídico e importancia social como causa de justificación.

<sup>140</sup> Recuerdo que no se trata aquí de intentar conceptualizar al acuerdo y al consentimiento aisladamente, sino al consentimiento como un todo. De conformidad a la postura monista a que me uno, la distinción entre los dos institutos no se presenta bajo la misma importancia como la refieren los dualistas, a razón de que genéricamente parten, ambos, del relieve valorativo de la libertad de acción y expresión de la voluntad del titular del bien jurídico disponible, significando el propio desarrollo de su personalidad y la valoración de su dignidad como persona, alejando el Derecho penal y concluyendo por la atipicidad de la conducta, aparentando una trilogía terminológica sencilla pero de variaciones complejas.

<sup>141</sup> La capacidad de discernimiento, sea mínima o satisfactoria, es naturalmente antecedida por la capacidad con voluntad natural. No obstante, es muy obvio que esta no implica, por sí sola, que exista la capacidad de discernimiento.

Desde luego, se puede observar que la reunión y el acogimiento de los elementos conceptuales-estructurales, a los que me referí en los párrafos anteriores para la validez y eficacia del *consentimiento*, tanto pueden acaecer bajo un proceso autorizador **más riguroso** (p.e., *el ciudadano consiente a un médico que le trasplante una de sus córneas a un amigo suyo que la necesita para recuperar su visión*) como **menos exigente** (v.g., *alguien autoriza que le quiten una cantidad de sangre para acudir a personas víctimas de un suceso cualquiera*), e incluso suelen **encontrar dificultades contextuales** o imposibilidades de orden (por ej., *la falta de capacidad de discernimiento, aunque momentánea del titular del bien, ya que está desacordado*) o subjetiva (verbigracia, *el autor se equivoca de manera jurídicamente inaceptable en cuanto a tener el consentimiento para sustraer para sí un objeto que sepa que pertenece a tercera persona, incluso haciéndole daño*).

De igual modo, resulta una serie de cuestionamientos lógicos de orden **intelectivo** y **volitivo** a causa de la heterogeneidad contenida en tales requisitos estructurales para la eficacia del *consentimiento*, además de la propia necesidad, por sí sola, de su respectivo tratamiento y empleo jurídicos, los que deben ser investigados hacia una teoría del *consentimiento* lo **menos compleja** posible, lo que no siempre se puede alcanzar. Así, en el ámbito del Derecho penal es **política** y **metodológicamente** más adecuado intentar condiciones para tornarlo más simple de que lo complejo que estructuralmente ya lo es el **consentimiento**. A modo de ejemplos, la **capacidad de discernimiento**, ¿cuándo empieza, satisfactoriamente, y cómo se puede determinarla a parte de los límites de edad formalmente fijados en la ley? ¿Es esto jurídicamente posible dentro del marco del sistema? Una vez sea personal y esté disponible un **bien jurídico**, ¿el *consentimiento auténtico* otorgado por su titular es siempre capaz de excluir la tipicidad? ¿El *consentimiento* válido y eficaz actúa en el marco de la tipicidad **formal, material** o puede que se alterne en **ambas**?, etc.

Como ha dicho QUINTERO OLIVARES<sup>142</sup>, “sería un absurdo manifestar extrañeza porque la teoría del delito no sea hoy ni la misma que hace cuarenta años ni tampoco ‘una sola’ teoría”; y afirmar lo mismo en lo que respecta a la evolución del **consentimiento** (*bajo las debidas proporciones*), que experimenta momentos históricos

---

<sup>142</sup> *Adonde va el Derecho Penal – Reflexiones... cit.*, p 125.

de **fuerte desarrollo estructural** y más **segura ubicación jurídica**, es una verdad muy presente y creciente en nuestra sociedad jurídico-penal.

Sobre este planteamiento inicial, hay que poner de **relieve** a la teoría del consentimiento como un método de razonamiento desarrollado a partir de principios, es decir, también bajo una estructura seguramente **dialéctica**. Desde esta perspectiva, merece citarse a NEWDICK<sup>143</sup>, cuando recuerda que el “consentimiento, como un comportamiento, es el resultado de un proceso dialéctico entre el individuo y la sociedad”. Dicho “proceso incluye las necesidades, los deseos y las creencias del individuo, las estructuras de poder de la sociedad, que restringe y modela su formación, y las estructuras de poder que restringen las opciones disponibles”.

El pensamiento jurídico de los tiempos anteriores sólo disponía del **consentimiento en sentido estricto** en el marco del Derecho penal, y como causa única de justificación<sup>144</sup> (*período unitario con actuación de la causa dentro del derecho*). Sin embargo, tras conocer, comprender y adoptar dicho pensamiento jurídico la modalidad de **acuerdo** (*inicio del período dual*), como instrumento jurídico coexistente de acción en el tipo (*excluyendo el derecho*<sup>145</sup>), a través de las ideas de GEERDS, el **consentimiento** avanzó hacia nuestros días, inicialmente bajo esas dos modalidades de **autorización del titular del bien jurídico** en su sentido global.

Así, cita, p.e., MIR PUIG<sup>146</sup> que el **consentimiento** “puede suceder en *dos grupos de casos* que distingue la doctrina alemana”, es decir: **1) el acuerdo** (*asentimiento*

---

<sup>143</sup> *Poder y Consentimiento... cit.*, p 6 de 9.

<sup>144</sup> Ilícitud o anturidicidad e injusto son términos utilizados con frecuencia como expresiones jurídicas sinónimas. Sin embargo, hay una sutil distinción que viene adoptando la doctrina. Así, *ilícitud* y *antijuridicidad* significan la cualidad de la conducta humana en sentido contrario a la norma legal (un predicado), mientras *injusto* significa el propio comportamiento humano ya valorado como antijurídico (un sustantivo). Representan una especie de secuencia: el acto ilícito, primeramente, que se valora en una segunda etapa como injusto, cuando no hay causa de justificación. Se deduce que toda conducta injusta es siempre antijurídica, pero no todo ilícito es injusto. Sobre el tema, v.g., MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 304; ARIEL DOTI, *Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, pp 246 y 247; RÉGIS PRADO, *Comentários ao Código Penal – Doutrina... cit.*, pp 137 y 138.

<sup>145</sup> Sobre “efecto excluyente del derecho” y “justificante dentro del derecho”, se refiere QUINTERO OLIVARES en *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 478.

<sup>146</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 497, *in fine*/499.

o conformidad<sup>147</sup> - *Einverständnis*) y 2) el **consentimiento en sentido estricto** (o *solamente consentimiento - Einwilligung*).

De igual modo se manifiesta GANDARA VALLEJO<sup>148</sup>, con una síntesis más **amplia**, al referir que “la doctrina mayoritaria en Alemania, España e Italia mantiene la necesidad de distinguir dos institutos jurídicos independientes dentro del fenómeno de la voluntad aquiescente del lesionado”. Por supuesto, se refiere la profesora madrileña al “*Einverständnis* o consentimiento excluyente de la tipicidad” y al “*Einwilligung* o consentimiento excluyente de la antijuridicidad<sup>149</sup>”.

Inicialmente, por **acuerdo** (o *consentimiento en su modalidad más simple para una perspectiva unificadora*) se entiende cuando el autor actúa de conformidad con la voluntad sin vicios del titular del bien jurídico-penalmente disponible, lo que, por su estructura, implica no lesionar de cualquier modo dicho bien (*por ej.: un allanamiento de morada*). El acuerdo expresa un significado que se puede decir **pacífico** entre los juristas, con respecto a su actuación en el marco de la **tipicidad**, que impide la propia **imputación penal objetiva**. Así, el acuerdo **excluye** la responsabilidad penal, convirtiendo el comportamiento en un hecho normal (*no hay lesión contra bien jurídico protegido tras la conformidad*) dentro de un orden social determinado.

Sin embargo, el *consentimiento* en **sentido estricto** acaece cuando el sujeto activo se comporta también según la expresión de la libre voluntad del titular del bien jurídico disponible, aunque resulte siempre una lesión a éste (*verbigracia: una cirugía transexual*). De manera distinta al acuerdo, el *consentimiento* de los separatistas actúa no en el ámbito de la tipicidad, sino de la **antijuridicidad**, es decir, también como instrumento legal de defensa para determinadas expresiones ciudadanas, de lo que resultan efectos prácticos que no son los mismos de una causa de atipicidad. Así, el *consentimiento* en sentido estricto **justifica** la conducta humana y excluye la responsabilidad penal del autor, pero considerando relevante el comportamiento en lo que

---

<sup>147</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel lo refiere (‘*Causas de atipicidad y causas de justificación*’ en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal* – coordinadores: Diego-Manuel Luzón Peña y Mir Puig), Elcano/Navarra/España, ARANZADI, 1995, p 31). También elige al término “conformidad” GANDARA VALLEJO (*Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 62), recordando que a ella la terminología “acuerdo” no le “parece excesivamente convincente”.

<sup>148</sup> *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 247.

<sup>149</sup> *Idem supra*.

se refiere a mantener la tipicidad, ya que para este punto de vista la lesión básica al bien protegido permanece.

**Acuerdo y consentimiento**, por lo tanto, no son lo mismo estructural y aisladamente y su distinción jurídica asume un destacado papel para los separatistas, aunque para los **unificadores** ambos institutos son parte del **consentimiento** en sentido **más amplio** (*lo que, a mi juicio, es jurídicamente más acertado y se va imponiendo y creciendo dentro del pensamiento jurídico actual*) como causa muy clara de **atipicidad**; no obstante, con reglas analíticas variables, según los casos que se presenten para investigación y clasificación jurídica, a partir de la estructura especial del **tipo que le corresponda**<sup>150</sup>.

MIR PUIG<sup>151</sup> enfoca la importancia y la **diferenciación jurídica** entre **acuerdo y consentimiento**, incluso como la base de la doctrina alemana mayoritaria “para decidir la naturaleza dogmática de la conformidad del afectado”. En España, en lo que respecta a la **distinción legislativa** entre **acuerdo y consentimiento** el Ordenamiento penal no hace diferenciación terminológica entre ambos institutos, aunque se refiera directamente a casos de *consentimiento* en su Parte especial (*art. 156 – la cuestión de los trasplantes de órganos, de las esterilizaciones y de las cirugías transexuales, a.e.*). La doctrina se encargó de diferenciar los dos tipos materialmente (*y lo hizo muy bien*), como afirma MIR PUIG<sup>152</sup>. Dicha diferenciación es, por consiguiente, empleada también a nivel jurisprudencial, aunque se prefiera la utilización del término *consentimiento*.

En **Brasil**<sup>153</sup> es prácticamente lo mismo que en **España**.

Los **alemanes** distinguen con precisión entre **acuerdo y consentimiento**, dando especial relieve a una integración entre la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico-penal<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> En ese sentido, v.g., vide a ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 216.

<sup>151</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 499.

<sup>152</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 498, n.p 2.

<sup>153</sup> *Verbigracia*, RÉGIS PRADO (*Comentários ao Código Penal... cit.*, p 140); MOURA TELES (*Direito Penal – Parte Geral – Volume I... cit.*, pp273 y 274).

<sup>154</sup> Respecto a ese tema, sobre todo el Derecho penal de Alemania es abundante. Vide a JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 399 y ss; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, pp 289 y ss; ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 512 y 513; de modo intermedio JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 289 y ss; etc.

Como antes he dicho, desde la **década de los 70**<sup>155</sup> (*del siglo pasado*) se desarrolla con seguridad de argumentación jurídico-criminológica, sociológica, política y cultural, a partir de las consideraciones de ARMIN KAUFMANN<sup>156</sup>, la teoría del **consentimiento atípico**. Ello significa que tanto el *consentimiento* en **sentido estricto** como el acuerdo integran un derecho-poder de la persona para consentir como causa **general de atipicidad**, apartando el **interés intervencionista** del Derecho penal.

No obstante, desde hace algunos años se ha añadido otra a esa modalidad de autorización, y por supuesto dicho **consentimiento en sentido estricto** se encuentra bajo **tres tipos básicos**, aunque los dos primeros representen posiciones de más intenso relieve científico-estructural en el ámbito de la Ciencia penal, mientras el tercero de ellos asume una posición más limitada, no aparentando ampliarse hacia su solidificación, y todavía menos hacia su dominio dogmático, al contrario del **monismo**. Así, pueden actuar: **a)** como causa de **justificación**; **b)** como causa de **atipicidad** y **c)** como causa de **atipicidad** y de **justificación**<sup>157</sup>.

Aunque aparente una cierta carencia de necesidad metodológica respecto a su referencia más profunda, en este momento, todavía merece enfatizar superficialmente que el trabajo **jurisprudencial** en España, Alemania, Italia, Brasil, Portugal, etc., en lo que respecta al **consentimiento**, propicia un impulso real a las discusiones y a los avances siempre muy acalorados y provechosos de las perennemente destacadas construcciones de la doctrina. Normalmente, los autores plantean nuevas perspectivas y elecciones dogmáticas o el perfeccionamiento de las ya existentes; mientras la jurisprudencia concretiza el resultado de ese desarrollo o de sus variaciones jurídicas, o sencillamente lo reprocha.

---

<sup>155</sup> También apuntan dicha cuestión cronológica MAURACH/ZIPF, en *Derecho penal – Parte general – I...* cit., p 286, añadiendo que desde entonces “se ha venido desarrollando una fuerte tendencia, según la cual el conjunto del consentimiento debe ser considerado como el problema de una lesión típica de un bien jurídico”.

<sup>156</sup> Vide con carácter general a CUELLO CONTRERAS en *El Derecho Penal Español – Parte General...* cit., p 725. Indica a ARMIN KAUFMANN como el “pionero en sostener que el consentimiento no constituye una causa de justificación, sino que el comportamiento consentido no es típico”.

<sup>157</sup> Dicha posición, sin ocupar los mismos espacios en la dogmática penal que las demás, es mantenida fundamentalmente por JAKOBS, por ejemplo en *Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 293 y ss. Sobre el tema y la posición “esencialmente” defensiva del maestro alemán, véase también muy directamente a POLAINO-ORTS, en *Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad’...* cit., p 164, n.p “(3)”.

## II - NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO.

Sobre una información inicial en este ítem (*aunque antes mencionada*), con respecto a los supuestos considerados dentro del marco de la clasificación del **acuerdo**, la **cuestión dogmática** se puede decir **pacífica**. No hay **desacuerdo** propiamente en la dogmática de los sistemas, al menos jurídico-democráticos actuales, sobre el trato de dicho instituto científico-penal como una causa de **atipicidad**<sup>158</sup>. Sin embargo, lamentablemente no se puede decir lo mismo en lo que al *consentimiento* en **sentido estricto** se refiere, pues ahí residen fuertes divergencias dogmáticas y político-criminales acerca de su naturaleza dogmática.

Ahora bien, abordando la **ubicación dogmática**, ¿exactamente en cuál de los elementos integrantes del delito, en el ámbito de su teoría, el que se nombra **consentimiento en sentido estricto** neutraliza el avance del comportamiento formalmente reprochable e impide el ejercicio del *ius puniendi* del Estado? ¿Desde luego en la tipicidad, en la antijuridicidad o en ambas? Sí, en la **tipicidad**, el primero y más significativo de los elementos secuenciales formadores del delito, seguramente impedirá más eficazmente y de pronto a la propia imputación objetiva penal, lo que externa una inmediata característica procesal y de tranquilidad y protección manifiesta al autor. Sí, en la **antijuridicidad**, la presencia anterior de la tipicidad puede marcar una posibilidad muy concreta de imputación, aunque resulte justificada, apuntando a una etapa procesal más constante. Ello es una cuestión de enormes preocupaciones **doctrinarias**, importante interés **jurisprudencial** y relevantes discusiones **científico-jurídicas**, además de interesantes argumentaciones en la actualidad, donde inexiste un pensamiento unísono respecto a tan apasionante tema penal.

Son **dos las teorías más pujantes** que reclaman para sí la fórmula jurídica de correcta ubicación del *consentimiento* dentro del marco de la teoría del delito. Ambas contienen argumentos muy fuertes, sin embargo no equivalentes, para que no podamos (y *debamos*) elegir con seguridad jurídica una de ellas como la que representa una mayor

---

<sup>158</sup> En el sentido del texto *vide*, p.e., a MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 505, *in fine*), BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 8), JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 399 y 400), ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 512), MAURACH/ZIPF (*Derecho penal – Parte general – I... cit.*, pp 289 y 290).

realidad de **estructura y fundamentos** al desarrollo científico-penal dentro del Estado social y democrático de Derecho. Además de las dos teorías principales, hay una **tercera** sin igual amplitud jurídica, a la que apuntaré más adelante con detalles. Me refiero a: I) la **teoría dualista**; II) la **teoría monista**; y III) la **doctrina del consentimiento repartido**. La **segunda** de ellas (II) acoge mi inclinación personal genérica (*bajo cuatro excepciones básicas, en regla justificantes*<sup>159</sup>, *las que serán mejor referidas oportunamente*), con fidelidad a la **perspectiva jurídica** que estoy intentando plantear en todo este trabajo de investigación.

### 1. **LA TEORÍA DUALISTA (SEPARATISTA, DE LA BIPARTICIÓN<sup>160</sup>, DELIMITADORA<sup>161</sup>, DIVISORA, REPARTIDORA).**

La **teoría divisora** surgió como un desarrollo científico-penal en Alemania en la década de los 50 del siglo pasado, tras la presentación jurídico-académica del **acuerdo** por GEERDS, y como una categoría de asentimiento distinta del *consentimiento* (*causa de justificación*) que hasta aquél entonces se conocía, neutralizando la capacidad punitiva del Estado en la propia tipicidad (*a depender solo de la **voluntad** expresa del titular*), clarificando así cierta oscuridad teórico-práctica que ocurría respecto a dicho tema, lo que creaba problemas de orden aplicativo. Desde allí, los *separatistas* (*principalmente los **detallistas** alemanes, y hoy por hoy los divisionistas españoles<sup>162</sup>, sus congéneres italianos, brasileños<sup>163</sup>, etc.*), hacen una distinción muy clara para ellos entre ambos institutos: **acuerdo** (*asentimiento*) como manifestación **atípica**, y *consentimiento* como comportamiento **justificante**, y no aceptan el acogimiento jurídico y científico que se desarrolla desde la década de los 70 (*por supuesto del mismo siglo anterior*), en el sentido de que **acuerdo** y *consentimiento* **deben** ser considerados bajo la situación y

---

<sup>159</sup> El consentimiento presunto (1), el consentimiento otorgado por terceros en nombre del titular del derecho (2), el semiconsentimiento y el casi-acuerdo (3), el consentimiento en el aborto (4).

<sup>160</sup> ROXIN, p.e., en *'Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 146.

<sup>161</sup> Véase, por ejemplo, a POLAINO-ORTS, en *'¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal'...cit.*, pp 217 y ss.

<sup>162</sup> P.e., BARJA DE QUIROGA hace una breve referencia al tema en *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 5.

<sup>163</sup> RÉGIS PRADO en *Comentários ao Código Penal... cit.*, p 140; MOURA TELES en *Direito Penal... cit.*, pp273 y 274.



evidencia común de actuar, **los dos** y de manera **general**, en el propio *tipo de injusto*, resultando una causa conjunta de **atipicidad**, en el universo del *consentimiento amplio*.

Es importante plantear, desde un criterio **cronológico**<sup>164</sup>, que la adopción inicial del concepto unitario de *consentimiento* como causa de justificación (*esto, tras ser nombrado como causa de exclusión de ilegalidad*) durante un largo tiempo (*hasta que surgió el acuerdo, sistematizado a partir de 1953*) lo propició una especie de **fossilización** histórica sin más sustentación dogmática convincente en la actualidad. Sin embargo, esto presenta todavía elementos evidentes de excesivo intervencionismo estatal, en el sentido de que la esfera de dominio y el interés de las personas en particular, aunque expresando Derechos fundamentales, no son valorados sistemática y positivamente en función del titular del derecho con tanta frecuencia y garantía al ser analizada una determinada conducta bajo el prisma sólo de una causa de justificación

Me parece representativo **históricamente** y oportuno **culturalmente** referir a VON LISZT<sup>165</sup>, que no enfoca la justificación siquiera, **sino la legalidad**, de conformidad a lo que disponía dogmáticamente su tiempo y bajo el aspecto material, como la “conducta” de acuerdo “a la sociedad”. Resulta que el *consentimiento* era considerado por la expresión del maestro de Berlín como uno de los “restantes casos en que queda excluida la ilegalidad<sup>166</sup>”. Según VON LISZT, el “consentimiento del ofendido sólo excluye la ilegalidad 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<sup>167</sup>”. **Prosigue** con una lección **teleológica** al aseverar que de “todo el conjunto de las disposiciones legales, y no sólo de las calificaciones de los hechos delictivos, debe inferirse si éste es el espíritu de la regla jurídica<sup>168</sup>”.

Con una breve cita, **recordatoria** de la escuela histórica del Derecho, SEGURA GARCÍA<sup>169</sup> hace referencia en el sentido general del párrafo anterior, que el “problema del consentimiento del sujeto pasivo del delito fue, durante muchos años, un tema ajeno, casi unánimemente, al interés de la moderna teoría del delito por

---

<sup>164</sup> Vide, p.e., MAURACH/ZIPF, en *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 285.

<sup>165</sup> *Tratado de Derecho Penal – Tomo Segundo... cit.*, p 336.

<sup>166</sup> *Idem supra*, p 358.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p 364.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> *El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos’... cit.*, p 828.

considerarse, en oposición a la antigua máxima romana *volenti non fit iniuria*, que siendo el Derecho penal de carácter público, la voluntad de los particulares no debía valorarse a la hora de declarar una determinada conducta como contraria al Derecho”, condicionando la validez de dicho *consentimiento* a la determinación **expresa** del legislador.

Bajo una postura expresivamente española, no utilizando el término **acuerdo** en el ámbito clasificatorio-doctrinario sino el consentimiento genéricamente, además de representar con **relevancia dogmática** la posición dualista todavía mayoritaria en España, COBO/QUINTANAR<sup>170</sup> hacen referencia a que, “al menos en sede de teoría jurídica y general del delito” hay “dos tipos de efectos relevantes que desencadenan el consentimiento: a) Es una causa de exclusión de la tipicidad. b) Es una causa de justificación”. Esta posición es bastante reiterada en el sentido de que, como “causa de justificación, se estudia” el consentimiento “en el marco de la cobertura formal que presta el art. 20.7 CP<sup>171</sup>” (*ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*), a cuyo respecto adopto un entendimiento relativamente distinto y que intento justificar con más detalles a continuación en este Capítulo, no obstante se los pueda deducir desde luego a partir de los muchos planteamientos de carácter **monista** expuestos en este estudio.

Recuerda CUELLO CONTRERAS<sup>172</sup> con respecto a la **naturaleza jurídica** del *consentimiento*, que los penalistas han “venido debatiendo” hace largo tiempo y sin embargo “la doctrina dominante (aún lo es, pero menos)”, consciente “de la complejidad de la materia, distinguía y distingue entre un consentimiento excluyente de la tipicidad, o, mejor dicho, entre supuestos en que la realización del tipo es impensable con el consentimiento de la víctima, en cuyo caso, si medió el consentimiento, no se realizó el tipo..., y un consentimiento que, como causa de justificación, sólo excluye la antijuridicidad del comportamiento cuya tipicidad (lesión del bien jurídico) ya ha sido constatada”.

Acerca de la “controversia” de la **naturaleza jurídica** del *consentimiento*, es igualmente oportuna la cita de MANTOVANI<sup>173</sup>, cuando añade que “el consentimiento no

---

<sup>170</sup> COBO/QUINTANAR en *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p 156.

<sup>171</sup> *Idem supra*, pp 156 y 157.

<sup>172</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 724.

<sup>173</sup> *Diritto Penale – Parte Generale... cit.*, p 262 (el original: “il consenso non è un negozio né di diritto penale né di diritto privato, ma, come ormai si riconosce, è un mero atto giuridico, un <permesso> con cui si conferisce al destinatario un potere de agire, senza che si crei alcun rapporto di diritti-obblighi, e che ha come

es un negocio de Derecho penal y tampoco de Derecho privado, sino, como suele reconocerse es un mero *acto jurídico*, un <permiso> con el cual se permite al autor un poder para actuar, sin que con esto le resulte cualquier consecuencia de derecho/obligación, implicando el único efecto de excluir la ilicitud, a causa del simple <abandono> del propio interés y <aceptación> del hecho” por el titular del bien jurídicamente disponible.

Con respecto al **dualismo**, hay que destacar la concepción de LUZÓN PEÑA<sup>174</sup>, que ha asumido una posición aún más radical y compleja en favor de dicho separatismo. Presenta una más amplia y consecuente división del *consentimiento*, lo que resulta del modo de como enfrenta el tipo de injusto, insistiendo con rigor en la cuestión del menoscabo al bien jurídico y especificando distinción entre **causa de atipicidad del tipo indiciario** (*el bien jurídico típico sólo es afectado por la acción de manera irrelevante*) y **causa de atipicidad por concurrencia de causa de justificación** (*atipicidad y justificación se permiten en un mismo grupo de presupuestos*), además de **causa de exclusión de la tipicidad penal** (“*que permite distinguir entre causas de exclusión de la antijuricidad o justificación, que presuponen la presencia de un injusto pleno – realización objetiva del tipo positivo indiciario de la antijuricidad*”<sup>175</sup>) y **causas de atipicidad** (*no se encuentra justificada una relevante tipicidad jurídico-penal, porque la tipicidad encontrada contiene un pequeño poder lesionador*). Así, LUZÓN PEÑA plantea una tesis extremadamente detallista y compleja, sin toda la **valoración** dogmática que se le intenta destacar, porque no clarifica ciertas dudas, sobre todo separatistas y evidentes en dicho planteamiento, a ejemplo, como recuerda CUELLO CONTRERAS<sup>176</sup>, de ¿porqué “el consentimiento en el hurto (o en los daños) lo convierte en atípico y en las detenciones ilegales excluye la tipicidad acreditada”? Posiblemente la posición de LUZÓN PEÑA obedezca en realidad a que dicho autor sigue la teoría de los **elementos negativos del tipo**. De ahí que su concepción dualista se inserte en la categoría de la atipicidad.

---

unico effetto di escluderne l’illiceità per il semplice <abandono> del proprio interesse ed <accettazione> del fatto”).

<sup>174</sup> *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal – Causas de atipicidad y causas de justificación... cit.*, pp 21 y ss.

<sup>175</sup> Esto, lo enfoca CUELLO CONTRERAS, en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 726 y 727, además añadiendo a la complejidad de la concepción dualista de LUZÓN PEÑA como “quizá innecesaria”.

<sup>176</sup> *Idem supra*, p 727.

Como modestamente he intentado plantear, en Derecho se debe buscar la **simplicidad** para lo que es complejo, en lugar de tornar más complejo lo que así ya lo es por sí solo. No obstante, la complejidad es soportable, e incluso importante (*a veces fundamental*), cuando soluciona dudas y no cuando aflige un tema ya naturalmente complejo, a veces aumentando más las dificultades dogmáticas y aplicativas.

Enfocan MAURACH/ZIPF<sup>177</sup> que el **entendimiento** “dominante insiste en la distinción entre el acuerdo eliminador de la tipicidad y el consentimiento justificante”. Así, los argumentos para el *consentimiento en sentido estricto* como causa de **justificación**, desarrollados en general, contienen elementos que todavía “aparentan” fundamentarlo y “resisten”, manteniéndolo como tal dentro de la teoría del delito para una mayoría de eminentes autores, a ejemplo de lo que también defiende MIR PUIG<sup>178</sup>: “Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante”.

A su vez, JESCHECK/WEIGEND<sup>179</sup>, bajo el reconocimiento de lo **dudosa** que “ha sido también la cuestión relativa a la posición del consentimiento dentro del sistema de la teoría del delito”, y no obstante adopten el dualismo y mencionen su actual ventaja cuantitativa (“... *que la doctrina dominante todavía interpreta el consentimiento como una causa de justificación*<sup>180</sup>”), ya utilizan el adverbio **todavía** y enfocan que “una importante minoría ve en el mismo una circunstancia que excluye el tipo”, dando mayor relieve al tema. ROXIN<sup>181</sup>, firme en su posición **monista** y reservando seguras y heterogéneas críticas a la teoría separatista, también recuerda que la “opinión hoy dominante distingue, a raíz de GEERDS, entre acuerdo y consentimiento”.

Sobre el tema del *consentimiento en sentido estricto*, MIR PUIG<sup>182</sup> cita que “concorre sólo una **causa de justificación** que no excluye la tipicidad”. No obstante “un sector doctrinal importante considera que el consentimiento, cuando es eficaz, siempre excluye la propia tipicidad por desaparición del objeto de tutela, que consistiría en la

---

<sup>177</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 285, *in fine*.

<sup>178</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 500.

<sup>179</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General...cit.*, p 402.

<sup>180</sup> *Idem supra.*, p 403.

<sup>181</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 512.

<sup>182</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 500.

libertad de disposición del sujeto sobre determinado objeto o en el valor que dicho objeto tiene para su titular<sup>183</sup>”.

En Brasil la posición **mayoritaria** de la doctrina es todavía **dualista**. Sirve como testimonio también una breve cita de NEY MOURA<sup>184</sup>, antes de hacer un análisis separatista y objetivo del *consentimiento* como causa de exclusión de **tipicidad** y de **antijuridicidad**: “respecto al consentimiento de la víctima, son dos los tipos legales de delito: los que contienen el disenso de la víctima como circunstancia elemental y los que no contienen dicha circunstancia como elemental”.

### 1.1 EL ACUERDO (ASENTIMIENTO, CONFORMIDAD) – CAUSA DE ATIPICIDAD –.

Es segura la afirmación de que la tipicidad es el escenario jurídico de actuación del **acuerdo**, es decir, que todo acuerdo eficaz aparta al Derecho penal del respectivo acto/resultado y que fue consecuencia suya. No obstante, específicamente en lo que respecta al **criterio distintivo**, el acuerdo propiamente dicho solamente acaece cuando la acción o la omisión del autor **no expresan un conflicto contra el interés y tampoco la voluntad del titular del bien jurídico**, no resultando amenaza, daño o realización del comportamiento básico descrito en la ley como reprochable, típico – *¡Es un suceso normal!*<sup>185</sup> Uno de los ejemplos más tradicionales que enfoca la doctrina (*y lo hace muy bien*) es el allanamiento de morada<sup>186</sup>, además del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público<sup>187</sup>, los cuales, bajo el *consentimiento* del titular o responsable legítimo, resultan **hechos comunes de la vida cotidiana**. Se puede decir lo mismo con respecto a las relaciones sexuales (*incluso con acceso vaginal, anal y bucal*), al apoderamiento patrimonial y una serie de otros sucesos, en condiciones de normalidad jurídica, obviamente.

---

<sup>183</sup> *Idem supra*.

<sup>184</sup> *Direito Penal – Parte Geral – Volume I...cit.*, p 272. El original: “Quanto ao consentimento da vítima, há duas espécies de tipos legais de crime: aqueles que contêm, como elemento, o dissenso do ofendido e aqueles em que essa divergência não é elementar”.

<sup>185</sup> Lo que para los unificadores también lo es el consentimiento en sentido estricto.

<sup>186</sup> Art. 202.1 del CPE – art. 150, *caput*, del CPB.

<sup>187</sup> Art. 203.1 y .2, *idem* CPE – §4º, I/III del art. 150 del CPB en ese sentido.

Ese prisma general lo **enfatan** COBO/VIVES<sup>188</sup>, aunque establecen una concepción separatista, al citar que cuando “no hay conflicto de intereses no cabe hablar de justificación, sino de atipicidad”, o sea, la “configuración de algunos tipos exige, explícita o implícitamente, para su concurrencia, que la conducta en ellos descrita se lleve a cabo *contra* la voluntad del que sufre el ataque. En esas hipótesis, la anuencia del atacado convierte la acción, no ya en justificada, sino en *atípica*”.

Sobre la **naturaleza** separatista de la “conformidad del afectado”, recuerda MIR PUIG<sup>189</sup> que “ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio”, citando como ejemplos “los delitos contra la libertad”, las “detenciones ilegales”, las “coacciones”, en los cuales sin “la oposición del sujeto pasivo, es indudable que **desaparece toda lesividad** de la conducta”, lo que torna el hecho atípico y a lo que se designa como **acuerdo**, desde la concepción doctrinaria alemana.

No obstante, con parecida inclinación al dualismo, pero con utilización de una metodología propia y **criticando** determinados excesos poco razonables, QUINTERO OLIVARES<sup>190</sup> mantiene que “no es lo mismo, ni tiene la misma trascendencia para la posible construcción del proceso, el que una conducta *típica* se pueda *justificar*, que declarar, por obra del consentimiento, una conducta como *ajena* al mundo del Derecho penal”. **Alerta** que es inadmisibles “el despropósito de decir que muchos actos de la vida cotidiana (mantener relaciones sexuales, entrar en la morada de otro, conducir el coche de otra persona, etc.) son `típicos pero justificados por el consentimiento`. Esas conductas **no son ni siquiera típicas**, y su tipicidad empieza cuando ese consentimiento no sea evidente<sup>191</sup>”.

En relación a otros penalistas españoles (y *también brasileños*<sup>192</sup>), particularmente sin acudir al término **acuerdo**, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>193</sup> se refieren al **consentimiento atípico** para emplearlo en aquellos casos en que, “expresa o tácitamente, se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión”, mencionando en ese contexto a

---

<sup>188</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 492.

<sup>189</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 498.

<sup>190</sup> *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 478.

<sup>191</sup> *Idem supra*.

<sup>192</sup> Referiré a continuación.

<sup>193</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 350.

“la libertad domiciliaria, la propiedad, etc.”. Así, acuñan que “hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad ya de un modo general, sino que sólo y en la medida en que se den determinados requisitos todo lo más puede excluir la antijuridicidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo atípica<sup>194</sup>” (*en regla, aún son ejemplos las lesiones quirúrgicas para una minoría*<sup>195</sup>).

BARJA DE QUIROGA<sup>196</sup> enfoca la **distinción** entre acuerdo y *consentimiento* con un “significado, al menos aparentemente, distinto para el ordenamiento penal”. Siendo el sistema dominante en la doctrina anglosajona, esa diferenciación es “muy clarificadora” y se está introduciendo en España, aunque para el penalista español “desde el punto de vista terminológico no es excesivamente convincente<sup>197</sup>”. No obstante, con reservas a la posición dualista, sigue el **planteamiento general** con respecto al acuerdo en el sentido de que ocurren “supuestos legales en los que la acción se dirige directamente contra la voluntad del sujeto pasivo, pero, de concurrir su voluntad, la acción carece de relevancia a efectos penales<sup>198</sup>” (*detenciones ilegales, v.g.*). Así, la “presencia del consentimiento (acuerdo) del ofendido excluye la acción típica<sup>199</sup>” en estos casos. Sin embargo, ciertos supuestos no solamente implican en una acción dirigida contra la libertad y “contra la voluntad del sujeto pasivo, sino también contra otros bienes jurídicos como la propiedad” (*el caso del hurto*), donde de igual modo “el consentimiento (acuerdo) del ‘ofendido’ excluye la acción típica<sup>200</sup>”.

Los alemanes, desde GEERDS, se refieren al *consentimiento atípico* dando importante relieve a la utilización del sustantivo **acuerdo**. P.e., JESCHECK/WEIGEND<sup>201</sup> asumen que la “conformidad del afectado por el delito puede tener un significado diverso para el enjuiciamiento jurídicopenal”, citando a BINDING, HONIG, NOLL y GEERDS en ese sentido<sup>202</sup>. Así mismo los autores en cita establecen que, según el **significado** de la “descripción delictiva” de determinadas disposiciones

---

<sup>194</sup> *Idem supra*.

<sup>195</sup> Según la “tesis mayoritaria, el tratamiento *médico* no constituye ni siquiera una lesión corporal típica”, a lo que se refieren, v.g., JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 400, n.p 8.

<sup>196</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 5.

<sup>197</sup> *Idem supra*, p 6.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> *Ibidem*.

<sup>201</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 399.

<sup>202</sup> *Idem supra*, n.p 1, p 399.

penales, “la acción típica se dirige inmediata y exclusivamente en contra de la voluntad del afectado por lo que aquélla, ante la aquiescencia de éste, no suscita reparo de ninguna clase”; es decir, que estando el “afectado” de “acuerdo, la acción punible se convierte en un suceso normal dentro del marco de un orden social establecido<sup>203</sup>”. Ello **significa** que, bajo dichas situaciones de aprobación del titular del derecho, “el hecho no se conforma como parte del injusto típico y que de este modo tampoco existe acción típica”, y a ese tipo de asentimiento “se le denomina `acuerdo’<sup>204</sup>”.

Aunque adopte una posición **intermedia** que acoge el *consentimiento* como una causa que puede ser tanto de **atipicidad** como de **justificación**, va a depender del contexto penal en el que considere estar ubicado el bien jurídico protegido, JAKOBS<sup>205</sup> escribe del acuerdo que varios “bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular” y en “esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo”, resultando que “el suceso es incumbencia del que consiente”. Tras presentar una serie de ejemplos y variaciones a su modo, en los que **la voluntad y el consecuente asentimiento** del titular del derecho son los elementos centrales y decisivos del carácter atípico de la acción, cuando no se opongan al Derecho y tampoco a las buenas costumbres (*lo que relativiza la ocurrencia fáctica de la voluntad como causa bastante para reconocerse la conformidad*), el autor germano informa que en dichos casos de “consentimiento que excluyen el tipo, dotados de las especialidades obligadas por la Parte especial, se habla de *acuerdo* (Einverständnis)<sup>206</sup>”.

Reconociendo el *consentimiento* como un **tema de ubicación general en el tipo**, MAURACH/ZIPF<sup>207</sup>, inspirados en GEERDS, se refieren a la “existencia de un acuerdo eliminador del tipo en aquellos casos en que, conceptualmente, se requiera un actuar contrario a la voluntad del lesionado para la realización de un elemento particular del tipo o bien de toda la acción típica<sup>208</sup>”. La imposibilidad de violación de domicilio y de hurto como hechos atípicos, a causa del **acuerdo** (*expresión de la voluntad*) del titular de los bienes hacia dichos sucesos, son ejemplos a los que, desde luego, acuden los dos juristas alemanes. Aún reconociendo a GEERDS, MAURACH/ZIPF apuntan que, en los

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p 399.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p 400.

<sup>205</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 289 y ss.

<sup>206</sup> *Idem supra*, p 291.

<sup>207</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 289.

<sup>208</sup> *Derecho penal supra... cit.*, p 285.



casos de acuerdo, “a diferencia del consentimiento”, su **naturaleza** es “meramente fáctica”, a respecto de que su creador ha desarrollado “reglas generales y distintas de aquellas dadas para el consentimiento justificante<sup>209</sup>”. No obstante, prosiguen ellos, que actualmente “se ha llegado, incluso, a poner en duda la posibilidad de someter todos estos casos” (*delitos contra la libertad, delitos contra el honor, etc.*) “del acuerdo a un denominador y a reglas comunes<sup>210</sup>”.

ROXIN<sup>211</sup> pone de manifiesto en relación al **acuerdo**, que “actúa excluyendo la tipicidad”, lo que es analizado siempre “en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad” del titular del derecho. No obstante, con énfasis en los delitos de coacciones, el jurista alemán da relieve a que “si alguien está de acuerdo con la pretensión de otro, no existe una coacción justificada, sino ninguna coacción en absoluto<sup>212</sup>” (*allanamiento de morada, hurto, rapto consensual y “otros numerosos ejemplos” legales*). Más **específicamente**, una mujer que consiente en tener relación sexual con un hombre (*o incluso, hoy por hoy, con otra mujer*) aleja el interés penal de ese contexto existencial, lo cual **resulta un hecho legal y socialmente adecuado y común**, atípico, quiere decir, cuando el afectado se pone de *acuerdo* con la actividad del autor, queda excluida “de antemano la lesión del bien jurídico protegido<sup>213</sup>”, no obstante pueda acaecer un **menoscabo** al objeto del hecho, aunque más específicamente en otros presupuestos (*consentimiento en sentido estricto*), que serán objeto de referencia *a posteriori*.

Sobre el **acuerdo** más auténtico, escribe ROXIN<sup>214</sup> que él “debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad ‘natural’ de la víctima, aun cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico”. Así, **entiende** que “cuando el autor motiva a un niño incapaz de comprender, a ‘regalarle’ su monedero, no se presenta un hurto por falta de quebrantamiento de la custodia (pero sí una apropiación ilícita o una estafa)”. Y **prosigue** que “si alguien secuestra a una enferma mental bajo la voluntad natural de ésta, el tipo del § 237 (secuestro contra la voluntad de la secuestrada) no se ha completado, mientras que la injuria que efectivamente se

---

<sup>209</sup> *Idem supra.*

<sup>210</sup> *Ibidem.*

<sup>211</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 512.

<sup>212</sup> *Idem supra.*

<sup>213</sup> *Ibidem.*

<sup>214</sup> ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 130.

presenta es tenida por punible, porque en tal medida el consentimiento de la víctima no debe justificarse debido a la falta de capacidad de comprensión de la víctima (BGHSt 23, 3 y s)<sup>215»216</sup>.

En la República Federal de **Brasil**<sup>217</sup>, se puede citar, entre muchos otros juristas, a RÉGIS PRADO<sup>218</sup> el cual se **refiere** al *consentimiento* en sentido amplio, entendiendo que contiene dos funciones, una de ellas como **causa de exclusión de la tipicidad** (y la otra como **causa de justificación**), la que “acaece en los tipos de injusto donde es una exigencia (expresa o tácita) que la acción u omisión se realice contrariamente o sin el consentimiento de la víctima”. Así, la voluntad para **consentir** o prohibir del titular del bien jurídico protegido está contenida en el tipo y de su expresión depende la tipicidad o la atipicidad de la conducta del autor. A eso, los ejemplos primordiales a los que se refiere dicho autor son naturalmente los mismos a los que se refieren los germánicos y los españoles, como allanamiento de morada, violación de correspondencia, etc.

---

<sup>215</sup> *Idem supra*.

<sup>216</sup> Con todo respeto, desde luego sobre el punto de vista de ROXIN en este ítem, me permito un breve comentario personal. Todo *consentimiento*, es decir, en su modalidad de acuerdo o en su sentido estricto, para que obtenga efectos jurídico-penales válidos y eficaces, necesita no contener vicios invencibles, lo que implica que debe estar protegido y garantido contra ellos. Entonces, cuando uno motiva un niño a entregarle su monedero, y lo hace con el *dolus malus* de sustraer la cosa del pequeño para sí o para tercera persona, no creo que se haya roto la estructura delictiva básica del hurto, sino que se la haya agravado, pues el criminal se ha utilizado de la sola voluntad natural del niño exactamente para engañarle y lesionar un bien jurídico protegido por un determinado tipo penal en su núcleo, lo que implica que ha hurtado el monedero, ya que por supuesto dicha voluntad natural de la víctima tampoco ha sido expresada con libertad, como mínimo satisfactoria; ello implica en un asentimiento sin validez y es lo mismo que sustraer la cosa contra o sin la voluntad del niño, que estaba viciada y debe ser protegida. Dicho raciocinio sirve igualmente para el supuesto del secuestro de la enferma mental, en el que la utilización de la voluntad natural, sin auténtica libertad de la víctima, por parte del autor para practicar el delito de rapto con fines libidinosos, sólo comprueba lo peligroso que es dicho sujeto. Desviar los tipos básicos en estos contextos para una estafa o para una injuria, por ejemplo, además de ir en contra a la cuestión obvia de los vicios, cuya ausencia es un requisito fundamental para la licitud atípica de cualquier consentimiento, también significaría de cierto modo premiar y, por tanto, estimular, la acción delictiva principal sin carácter preventivo eficaz de la norma. Y esta perspectiva en nada desmerece el extremo valor jurídico y amplio del consentimiento en su modalidad de acuerdo ante los muchos casos prácticos en los que se presenta.

<sup>217</sup> No obstante mantenga fuerte vinculación con el Derecho penal alemán, los juristas brasileños no suelen utilizar la terminología acuerdo ni consentimiento en sentido estricto, sino consentimiento atípico y consentimiento justificante (a partir de su sentido amplio).

<sup>218</sup> *Comentários ao Código Penal... cit.*, p 140. El original: “ocorre nos tipos de injusto em que aparece como condicionante (expressa ou tácita) que a ação ou omissão se realize contra ou sem o consentimento do ofendido”.

También sin asumir la terminología **acuerdo**, pero refiriéndose al “consentimiento como excluyente de tipicidad”, MOURA TELES<sup>219</sup>, sin divergencias materiales al entendimiento general antes planteado, **escribe** que “cuando el disenso sea uno de los elementos del tipo, ante el consentimiento no resulta tipicidad<sup>220</sup>”, ya que en estos casos “no se perfecciona la primera de las características del delito<sup>221</sup>”. Y prosigue ese autor brasileño recordando que de la ausencia de tipicidad resulta el desinterés penal. Así, en los tipos donde la falta de *consentimiento* es “elementar”, dicho *consentimiento* es “excluyente de tipicidad<sup>222</sup>”.

### 1.1.1 BREVE PERSPECTIVA SOBRE EL ÁMBITO DEL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD NATURAL, EN EL MARCO DEL ACUERDO.

Con respecto a la perspectiva de casos de acuerdo jurídico-penal **válido** y **eficaz**, bastando para tal la afirmación existencial de la expresión de la **voluntad natural** del individuo titular del derecho, hay que plantear una observación que me parece desde luego oportuna.

En verdad, y con evidencia sistemática, cada caso es un supuesto en separado. Me refiero que, sin embargo suelen integrar reglas jurídicas que se les apliquen con **regularidad**, e incluso extremo acierto jurídico, los casos concretos son siempre individualmente distintos entre sí, lo que a veces implica en **críticas** necesarias a muchas de esas reglas (*siempre dentro de las garantías del ordenamiento jurídico respectivo*), normalmente empleadas para solucionar incluso cuestiones dogmáticas en general.

**Así**, hay casos de acuerdo que necesitan una atención más específica y detallista, como expresión de garantía jurídica estricta. Entonces, aunque se trate normalmente sólo de verificar la existencia de dicha **voluntad natural** del afectado para asentir, su libertad de disposición y legitimidad imprescindible tampoco pueden estar

---

<sup>219</sup> *Direito Penal – Parte Geral... cit*, p 273. El original: “Consentimento como exclusão de tipicidade”.

<sup>220</sup> El original: “nos tipos em que o dissenso for um dos elementos do tipo, diante do consentimento, não há tipicidade”.

<sup>221</sup> El original: “não se aperfeiçoa a primeira característica do crime”.

<sup>222</sup> *Idem supra*.

**contaminadas** por vicio o a **merced** de un *dolus malus* motivador del otorgado, con efectivas intenciones criminales, pues con esto cualquier nivel de *consentimiento* es irrelevante. Esto significaría premiar (*y no prevenir*) la actividad delincinencial, aunque frente a una nítida **conexión** viciosa y consecuentemente típica. Es sostenible que cualquier grado de expresión de *consentimiento* dependa de la libertad necesaria del titular del bien para que produzca efectos válidos y eficaces.

### 1.1.2 RESUMEN.

Es importante resumir que el **acuerdo**, como lo plantean y desarrollan mayoritariamente los alemanes, lo aceptan y mantienen con especiales puntualidades españoles, italianos, brasileños, portugueses, etc. y la mayoría de los demás juristas de los Estados de Derecho, no contiene exactamente los mismos elementos estructurales y específicos que están contenidos en el *consentimiento* en **sentido estricto**. Es decir, que hay distinciones características a observar en cada uno de estos grupos de casos en el sentido doctrinario, pese que en nada pueden dificultar su valoración **atípica conjunta**, a causa de sus semejanzas fundamentales y determinantes, con base en la libre autodeterminación de la persona y en el desarrollo de su personalidad.

**Consecuentemente**, es adecuado plantear que tampoco los muchos y variados casos que se presentan para el análisis y la ubicación en el **acuerdo** permiten, a causa de dichas variaciones estructurales y dogmáticas, y aún ante las respectivas previsiones en los Códigos penales, sobre todo resultantes de su proceso de investigación y desarrollo histórico, axiológico y científico-doctrinario, que se les aplique una fórmula única, es decir, que en el sentido de tratarlos bajo una sola e inmutable estructura técnica, como si fueran un instituto único sin distinciones internas de cualquier orden.

En general se refiere CUELLO CONTRERAS<sup>223</sup>, acerca de dicha variación de supuestos, a que su análisis depende “en cada caso de la función que cumple la protección del bien jurídico sobre el que se dispone en el tipo delictivo en que se

---

<sup>223</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 733.

consiente” (*antes, en ese sentido, ROXIN*<sup>224</sup>). Sin embargo, dicha complejidad se acentúa cuando se añaden al **acuerdo** otros casos de relevancia respecto del *consentimiento* válido y eficaz, a los que se remiten los separatistas como siendo en **sentido estricto**.

**No obstante**, por lo que respecta a su actuación, subsiguiente ubicación y consecuentes efectos jurídicos en el marco de la teoría dogmática del delito, **acuerdo** y *consentimiento* en **sentido estricto** no solamente pueden, como muy seguramente deben, **fundirse** como una sola y conjunta **causa de atipicidad**, no implicando significado lógico ni sentido dogmático en mantenerse dicha división (*causa de atipicidad al acuerdo* y *causa de justificación al consentimiento*) bajo el prisma silogístico del **unitarismo**, cuya base es indudablemente constitucional.

### 1.1.3 GRUPOS DE CASOS SOBRE EL ACUERDO.

Es importante y acertado dogmáticamente decir que el **acuerdo** (*causa de atipicidad*) puede presentarse con **dos modalidades básicas**: a) con voluntad natural (*primer grupo*); y b) con voluntad bajo un discernimiento mínimo del titular del bien jurídico (*segundo grupo*). A ambas, me referiré a continuación. No obstante, **la atipicidad**, en el **consentimiento auténtico en general**, puede verificarse en **tres grupos** (*o grados*) de **presupuestos**; es decir, los dos grados o modalidades de acuerdo y un tercero (*consentimiento con discernimiento satisfactorio*<sup>225</sup>), de conformidad con el entendimiento unificador más detallista a que me filio.

Recordando la **síntesis** de POLAINO-ORTS<sup>226</sup> acerca del **acuerdo**, se lo aplica básicamente para **tres** “constelaciones distintas” de supuestos, de conformidad a la perspectiva separatista, es decir: **1** – en los delitos en que está **expresamente exigido** en

---

<sup>224</sup> *Derecho Penal –Parte General... cit.*, pp 536 y ss.

<sup>225</sup> Desde luego, sí hay una tercera especie de presupuestos de atipicidad (tercer grupo o grado), de conformidad con la teoría monista – y que se refiere a los casos excluyentes de justificación para los dualistas (o el consentimiento en sentido estricto) –, que exige la capacidad satisfactoria de discernimiento del titular del bien jurídico protegido (disponer sobre el cuerpo en determinados casos, contraer ciertas obligaciones de consecuencias penales en una sociedad civil, etc.). Acerca de dicho tercer grupo de casos, donde residen las más significativas divergencias dogmáticas, escribiré a continuación y cuando trate de la creciente teoría monista.

<sup>226</sup> Véase en “¿*Volenti non fit iniuria?* – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’...cit., p 219.

su “descripción típica” formal “el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo” (*el hurto, el allanamiento de morada, etc.*); **2** – en los crímenes en los que, sin embargo no esté determinada en su “redacción típica la voluntad contraria” del titular del derecho, dicha voluntad “se desprende, se presupone o se infiere” siendo algo **imprescindible** a la actividad criminal (*delitos contra el honor, la libertad sexual, etc.*); y **3** – en las conductas delictivas que tienen por objetivo la **protección** de “bienes de carácter individual”, siempre que al ordenamiento jurídico respectivo sea posible asegurar a la **libertad** para autodeterminarse del titular del derecho y a la **disponibilidad** de los bienes que le pertenecen una pujanza suficiente a la “exención de responsabilidad” por parte del autor (*actualmente, para la doctrina mayoritaria, los casos de lesiones médico-quirúrgicas informadas y curativas, etc.*).

No obstante, recuerdo que **no es posible** imponer reglas generales y razonables inflexibles para todos los presupuestos de hecho, pues es muy seguro que su clasificación resulta característicamente a merced de la **redacción del tipo penal**, de la **especie y modalidad de bien jurídico protegido** y del **caso real** que se presente para analizar.

#### 1.1.3.1 EL PRIMER GRUPO.

En este **primer grupo** (*acuerdo con voluntad natural*), donde la **libertad de acción** del titular del bien jurídico protegido es el **elemento fundamental** e incluso suficiente, el **acuerdo** acaece con respecto a los tipos delictivos que exigen de manera general la voluntad contraria o la ausencia de voluntad de la víctima en su descripción (*los que son las situaciones más históricamente extremas de consentimiento atípico*). A este **acuerdo** le basta la voluntad natural para **solicitar** o **asentir**, es decir: la capacidad para expresar<sup>227</sup> una voluntad con naturalidad, no exigiéndole exactamente al titular del bien

---

<sup>227</sup> Para los seguidores de la teoría dualista, característicamente en este tipo de manifestación humana como causa de atipicidad (el primer grupo atípico para los que adoptan la teoría monista), sería bastante un acuerdo solamente interno del titular del derecho para su validez y eficacia. Pero, esto es un lamentable equívoco separatista en general. Lo que pasa es que un asentimiento sólo interno significaría a uno suponer como se fuera un adivino, un visionario o incluso un jugador, pues el interior de la mente humana es algo impenetrable por cualquier persona, por lo menos “normal”, en este mundo, incluso los propios jueces, aunque algunos se puedan considerar a sí mismos como por encima de las demás personas, lo que es un punto de vista no exclusivamente terrible e inaceptable ética, moral, política, legal, jurídica e culturalmente, sino igualmente temible para la seguridad y la justicia en el marco del Estado de Derecho. Además de todo, aceptar dicho

jurídico que disponga de la capacidad de comprensión del significado de su comportamiento en disponer ni mucho menos respecto a sus consecuencias. Ello implica que son comportamientos humano y socialmente **comunes** en la vida de las personas, desde que posea el titular del derecho condiciones mínimas (*naturales*) para expresar su voluntad natural y consentir sin efectivos vicios insanables de eficacia (*consentir que uno entre en la morada, consentir en la sustracción de cosa movable, consentir en mantener relación sexual sin lesiones, etc.*). En los casos de **acuerdo** más técnicamente propios, no hay siquiera un menoscabo mínimo al objeto del hecho.

Es de fundamental importancia recordar que dicha modalidad de **acuerdo** (*o primera especie o grado de consentimiento*), siempre que sea posible intervenir en el presupuesto, ya actúa en el ámbito de la **tipicidad formal**, la que es secuencialmente la primera que debe analizar el jurista en la búsqueda dogmática del delito, alejando desde entonces el interés penal. **No hay**, siquiera, la constatación de la **conducta formal**, lo que torna innecesario proceder a cualquier análisis acerca del tipo material, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad. Es decir, al **mediar** la voluntad del titular del bien jurídico protegido **asintiendo** a la actuación del autor, ello impide, a causa de la estructura que exige la conducta formal, que se **configure** el propio tipo descrito de comportamiento humano en la Ley respectiva, ni siquiera permitiendo que se analice la posibilidad de eventuales **efectos materiales o no de tipicidad** (*ejemplo: adentrar en la morada de una persona con su consentimiento desfigura el tipo base {desde luego su aspecto formal} de allanamiento de morada, lo que exige formalmente a su configuración la voluntad contraria o la ausencia de voluntad de dicho titular: si hay la conformidad del titular del derecho, por consiguiente no se ha configurado ni siquiera el comportamiento humano legal y formalmente dispuesto como un indicio de delito a ser investigado en el marco de la teoría del delito*).

---

asentimiento exclusivamente intrínseco de la víctima como suficiente para alejar a la tipicidad, representaría a menudo un premio al delincuente, lo que es decir una ventaja a la criminalidad (p.e., uno que sustrae una vieja bicicleta del propietario porque suponiendo una aprobación exclusivamente interior de éste, ya que no más parecía querer el objeto y entonces desearía que alguien lo sustrajera para evitar la necesidad de marcharse hacia un sitio lejano y meter su conducción en la basura). En este tema se debe tratar de Derecho, no de un juego de adivinaciones. Así, el asentimiento solamente interno es algo insostenible bajo una perspectiva jurídico-racional cualquiera (sobre el tema y bajo argumentos convincentes en contra a la perspectiva separatista, entre otros, véase a ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 613 y segs.; POLAINO-ORTS, en *¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’...cit.*, pp 223 y ss.

Es oportuno referir que para que se pueda decir de esta primera modalidad de *consentimiento* en sentido amplio, es **imprescindible** el análisis de la **descripción** de cada figura típica que contenga la Ley penal, ya que no todas, digo mejor, que la mayoría de las conductas tipificadas no permite a esta forma de **acuerdo**, lo que al fin y al cabo, en término de unificación, es seguramente otra modalidad de *consentimiento*.

Sin embargo, la cuestión de tal hipótesis de *consentimiento* amplio (*acuerdo*) es de tal manera vinculada a la **expresión de la voluntad natural** de la persona, que hay casos en los que, incluso actuando el autor del hecho aparentemente de algún modo *contra legem*, la **evidencia** del **asentimiento** expresado por parte del titular del bien jurídico y sus **circunstancias** no permiten que se configure la tipicidad penal, a causa de una adecuación social valorada complementariamente a partir de dicha manifestación de la voluntad natural. Ejemplos: a) un niño abre la puerta de su casa para que el funcionario de la telefónica pueda arreglar el teléfono y éste, tras cumplir con su tarea, se marcha del sitio sin cometer ningún delito o falta; b) una mujer borracha, es decir, sin ejercer control de sus deseos y de su discernimiento, consiente a su marido que con ella mantenga una relación sexual.

**Resulta** que los casos de semejante grupo de **acuerdo** contienen la característica de no ser afectados **normalmente** por los vicios jurídicos en general (*error, engaño y a veces coacción*). Sin embargo, **recuerdo** que determinadas situaciones puntuales de vicios pueden y deben desfigurar la validez y la eficacia también de este **asentimiento**, como una forma de respeto al Estado de Derecho, desde los límites que se necesita imponer a lo que puede tornarse un libertinaje jurídico, y que no es apropiado, a través del Derecho, significar un instrumento de auto-desmoralización del Estado y de la sociedad, tampoco enflaqueciendo las instituciones jurídicas y el relieve que necesita tener y mantener la persona como ente de protección estatal más destacado (*son otros ejemplos: una persona **asiente** que uno entre en su morada, después que éste apunta que lleva una pistola en su cintura; un hombre **acuerda** en yacer con una mujer, después de ser drogado por la autora, que tiene la intención de obtener dicho favor sexual; un niño **permite** que uno entre en la morada, después que éste convence al pequeño tratarse de Santa Claus y que tras la entrada le regalará muchos juegos, etc.*).



Así, es importante decir que a este grupo de análisis del **acuerdo** de la voluntad más sencilla y natural, tampoco debe el jurista referirse como si fuera algo **insignificante** en términos de exigencias de contenido dogmático, una especie de eco de manifestación personal **sin significado** valorativo y que no contuviese su propia **complejidad**, donde un simple gesto humano asintiendo pudiese satisfacerlo por sí sólo. Sí, este grupo de **acuerdo** o *consentimiento* de **primer grado** representa, igual que los demás, una efectiva expresión característicamente humana y jurídica que tiene una significación existencial de extrema relevancia y notable complejidad que le cualifican para los fines de ubicación e investigación en el ámbito del **Derecho penal**.

### 1.1.3.2 EL SEGUNDO GRUPO.

Los casos del **segundo grupo** (*acuerdo aprobatorio*<sup>228</sup>; *con voluntad natural y discernimiento mínimo*) ocurren cuando el titular del bien jurídico protegido debe expresar una **comprensión mínima** con respecto al hecho<sup>229</sup> que consiente y a las **consecuencias** para dicho bien de su titularidad; éste, a depender del caso práctico y de la norma penal a que esté vinculado, sufre siempre un **menoscabo**, es decir, una amenaza o una lesión. No obstante, la amenaza o la lesión se la dirigirá el autor puntualmente al **objeto material**, ya no más al bien jurídico, a causa de la mediación de este **asentimiento**, que aleja en absoluto el Derecho penal.

La **tipicidad** formal **tampoco subsiste** en esta segunda especie de *consentimiento* en **sentido amplio**, por supuesto dispensando enfocar su aspecto material, lo que hace sumariamente **atípica la conducta del individuo** y significa que no es imputable. Así, en estos casos ya **no basta** la voluntad natural libre del titular del derecho, sino también es necesaria la **valoración existencial básica** del bien, objeto de protección jurídica, y de ciertos desdoblamientos elementares resultantes de esta modalidad de *consentimiento amplio*, lo que aparece en este escenario de manera considerable (*son ejemplos: ir al peluquero; a la pedicura; a donar sangre; al odontólogo;*

---

<sup>228</sup> A dicha terminología se refiere, p.e., POLAINO-ORTS en *‘Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad’... cit, pp 187 y ss.*

<sup>229</sup> En ese sentido, aunque bajo una clasificación distinta, también JAKOBS en *Derecho Penal – Parte General... cit, p 292.*

*la práctica de un deporte con posibilidad de lesión mínima como algunos estilos del kárate o el jiu-jitsu; la persona que asiente en una relación sexual por primera vez; el consentimiento de una mujer para la reproducción asistida, bajo la dirección de profesionales, en su persona<sup>230</sup>, ya que desea muchísimo tener un hijo, etc.).*

Hay una breve referencia general a BERAN, hecha por NEWDICK<sup>231</sup>, que se puede decir desde un punto de vista **amplio** de esta modalidad de *consentimiento*, en la que afirma que “un intento de prometer se produce solamente si el acto intentado es libre, está informado y es competente”.

Ese es seguramente un grupo intermedio de **atipicidad** (*no tanto se lo exige, ni tampoco se lo dispensa*), donde los **vicios de la voluntad**, una vez que estén presentes, se destacan, también **impidiendo la validez** de dicha modalidad de ese *consentimiento* amplio. La capacidad de discernimiento mínima, que se exige en esos casos para la comprensión inicial del hecho y el ejercicio de la libertad, obviamente debe estar **libre de cualesquiera interferencias** que puedan impedir el desarrollo pleno de la personalidad y la afirmación de la dignidad del titular del Derecho (*no caería bien a un niño consentir a uno quitarle la sangre, a simple petición de una tercera persona adulta, v.g.*). Entre otros varios ejemplos que se pueden apuntar a su favor, generalmente envueltos en determinadas **complejidades contextuales**, son hechos característicos el caso de una joven de catorce años que, por primera vez, consiente en mantener relación sexual con un hombre que sabe ser casado y que no la quiere ni puede desposarla, a quien ha conocido desde hace sólo algunos días, la cual, en condiciones normales, **necesita comprender** el significado de lo que asiente y sus **desdoblamientos o consecuencias** en relación a su situación de mujer joven, en lo que se refiere a su propia personalidad y también al medio social donde vive, alejando la posibilidad del engaño<sup>232</sup>; una persona teóricamente incapaz que consiente al autor que practique un acto contra su honor, tendrá que comprender el alcance del consentimiento que otorga acerca de su “honorabilidad” o a la “relevancia social de su dignidad<sup>233</sup>”; tomar “anticonceptivos<sup>234</sup>” o otro medicamento cualquiera con efectos colaterales; etc.

---

<sup>230</sup> Art. 161.1 del CPE.

<sup>231</sup> *Poder y Consentimiento... cit.*, p 3 de 9.

<sup>232</sup> En Derecho penal de España, la hipótesis del art. 183.1 del CP. Similar en Brasil los arts. 213, 214 y 224, a) del CPB.

<sup>233</sup> Referencia de CUELLO CONTRERAS (*Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 733 y 734) a ejemplo semejante que ofrece y que nos ha inspirado.

Bajo el ámbito de la **concepción separatista**, este segundo grupo de casos de *consentimiento* en su significado amplio ya está especialmente envuelto en algunas **divergencias dogmático-clasificadoras** dentro del marco de la teoría del delito. Parte de los juristas que sigue a la teoría dualista se refiere a dicho grupo como una especie de *consentimiento en sentido estricto* en muchas de sus hipótesis (o en todas), lo que significa reconocerle efectos sólo justificantes. JAKOBS<sup>235</sup> es un ejemplo que merece cita, incluso cuando plantea la **teoría diferenciadora** (*una tercera vía: el consentimiento como causa de justificación o como causa de atipicidad*) de la que es su mayor defensor y que, estructuralmente, sí se trata de una modalidad más **compleja** de separatismo dogmático.

#### 1.1.4 **SOBRE EL ACUERDO (Y TAMBIÉN EL CONSENTIMIENTO EN GENERAL) CON LA LEY; LAS BUENAS COSTUMBRES.**

En **todos** los casos de *consentimiento* (*aunque considerándolos en su sentido dualista, es decir, como acuerdo – atípico – y en sentido estricto – justificante –; o de conformidad al monismo: consentimiento de primer, de segundo y de tercer grupo, grado, tipo o rango, atípicos*), su validez respectiva depende, sobre todo, de que no esté **prohibido por la ley** ni por las **buenas costumbres** (*donde con esta última característica es laborado*), según, p.e., lo enfatiza JAKOBS<sup>236</sup>, incluso dando relieve al Derecho penal de Alemania.

Algunos autores españoles, p. ej. COBO/VIVES<sup>237</sup>, refiriéndose al *consentimiento* en Derecho penal, a sus garantías y a su **conformidad con la ley**, recuerdan que “un ‘consentimiento’ comunitario (*u otorgado por varias personas*), respecto de una conducta que infrinja la Ley es inimaginable”, pues dicha “admisión implicaría, como nefasta consecuencia, la sustitución del principio de legalidad por el de oportunidad”. No obstante, al considerar indudable este **lógico** planteamiento jurídico-

---

<sup>234</sup> Ejemplo citado por JAKOBS al tratar de su “consentimiento excluyente del tipo” (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 294).

<sup>235</sup> *Idem supra*, pp 294 y 295.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p 291.

<sup>237</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 493 y n.p. 7.

penal, es cierto también que la validez y eficacia de un *consentimiento*, según la armonía, lógica y autocomplementación del sistema a que pertenezca (*lo que representa una expresión de coherencia jurídica inequívoca*), no puede representar una mera manifestación de oportunidad, sino igualmente una auténtica expresión de **legalidad** y **legitimidad**.

En lo que respecta al *acuerdo*, señala JAKOBS<sup>238</sup> que es **relativa** la fórmula, empleada a menudo, que asegura la “conurrencia fáctica de la voluntad” como suficiente para reconocerle validez y eficacia. Conviene decir que poco de lo que se ha considerado **absolutamente radical** ha servido satisfactoriamente a las civilizaciones, y esto puede resultar aplicable, al ámbito de la Ciencia penal y, específicamente, del *consentimiento*, que es una expresión muy evidente de democracia y libertad ciudadana, si bien con características peculiares. El último planteamiento de JAKOBS es la conclusión de un raciocinio muy **lógico** y no menos obvio, con respecto a no estar todo el “hecho” consentido en su conjunto (*es decir, el consentimiento en general*) **contra el Derecho** para que se le pueda reconocer dicha eficacia.

Sin embargo, esto no parece igualmente evidente en lo que respecta a las **buenas costumbres**. **Además**, no estar permitido por la ley se debe entender también como no estar permitido por el Derecho, en el marco del sistema positivista respectivo, no obstante unificado, armónico, eficaz y teleológico, es decir, **garantizador**.

El **acuerdo** contiene una naturaleza fáctica y está claramente vinculado a la voluntad, pero no puede ir **contra el Derecho**, pues, si ello sucede, se torna obviamente ineficaz como grado o tipo de *consentimiento*. Es cierto que esto relativiza hasta determinado punto el significado fáctico del acuerdo (*y el sentido válido, incluso general, de cualquier hecho consentido*), si bien no altera la seguridad de su estructura más amplia. Disponerse alguien a consentir (*en cualquier de sus grados*) la realización de un hecho, **de conformidad al Derecho**, es un ejercicio valioso y elemental de lógica jurídica y política criminal, que resulta convincente para su validez y subsiguiente eficacia, lo que creo que resulta algo admitido por la mayoría de la doctrina.

---

<sup>238</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 291.

En cuanto a las **buenas costumbres**, este es ya un tema más complejo pues, aun cuando están apuntadas específicamente en la ley, es posible que este mecanismo jurídico se torne desfavorable (y *quizás atentatorio*) para los intereses ciudadanos, dependiendo del contexto social en que sean consideradas y empleadas.

Exactamente, **¿qué son las buenas costumbres?** El CPE no da ninguna definición acerca de las mismas, como tampoco la dan el CPA ni el CPB o el CPI, p.ej. Conceptuarlas es de incumbencia doctrinal (*sobre todo*) y jurisprudencial. El StGB alemán, *v.g.*, ya en el § 226a, determinaba que “Quien cometa un daño físico con conformidad del herido actuará entonces ilícitamente sólo cuando el hecho, a pesar de la conformidad, atente contra las buenas costumbres<sup>239</sup>”. Dicho § 226a ha sido reproducido en la reforma (*strafrechtsreformgesetz*) de 26.01.1998 del StGB para el § 228, empero la palabra “**conformidad**” fue sustituida por “**consentimiento**”, como lo recuerda, por todos, POLAINO-ORTS<sup>240</sup>. Ello, según una interpretación separatista literal, significa la **exclusión** del acuerdo de este escenario aplicativo de las buenas costumbres, es decir, que cuando medie el **acuerdo**, aunque en contra de las buenas costumbres, aún así mantiene su **eficacia** jurídico-penal.

Así, para el acuerdo, asentir el titular del derecho contrariamente a las buenas costumbres es **indiferente**, aunque dicho asentimiento, en relación al *consentimiento*, ha de ser **conforme** a dichas buenas costumbres. Este precepto restrictivo de las buenas costumbres recibe, de parte significativa de la doctrina alemana, (*en especial de STERNBERG-LIEBEN, PAEFFGEN, RÖNNAU, citados por POLAINO-ORTS*<sup>241</sup>), fuerte crítica de **inconstitucionalidad**, e incluso en cuanto a su enfrentamiento con principios que rigen el Estado social y democrático de Derecho. Semejante al Código Alemán, en lo que se refiere a las buenas costumbres, es el StGB de Austria<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Código Penal Alemán (StGB) y Código de Proceso Penal Alemán (StPO) – traducción de Juan Ortiz de Noriega, Cristina Larios Sánchez, Juan Carlos Peg Ros y Ana Monreal Díaz, bajo la coordinación de Emilio Eiranova Encinas, Madrid-Barcelona/España, Marcial Pons, 2000, p 133.

<sup>240</sup> Dicha cita está disponible en <http://www.unifor.ch/derechopenal/anuario/03/polaino.pdf>, *¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal.*

<sup>241</sup> Véase en *¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’... cit.*, n.p. 50, p 247.

<sup>242</sup> Véase al § 90.

Desde luego, MAURACH/ZIPF<sup>243</sup> adoptan la postura **mayoritaria** en Alemania (a partir de GEERDS, WELZEL y otros, hay una posición, minoritaria e insostenible, de que las buenas costumbres deben ser respetadas en todos los supuestos de consentimiento, basándose en una aplicación extensiva del precepto, aunque contrariamente a su propio texto formal en el StGB y a los principios y valores que aseguran la autodeterminación de la persona hacia el desarrollo de su personalidad, como valoración de la dignidad del individuo, lo que es una garantía constitucional y democrática) de que en tales condiciones jurídicas dicho precepto se refiere al marco de las lesiones corporales, **sin expandirse** a otros supuestos, como también recuerda POLAINO-ORTS<sup>244</sup>. JAKOBS<sup>245</sup>, por su parte, considera vulneradas las buenas costumbres (p.ej. del § 226a {actual § 228} del StGB alemán), siempre que haya una “desaprobación jurídica del motivo de la acción”, inclinándose a la **restricción** del empleo del instituto, por lo menos con respecto a las lesiones insignificantes, a las que trata como materia vinculada al tipo.

No obstante, surge de pronto dos **interrogantes**, por lo menos curiosos, en todo este contexto, sobre todo el primero: si dicha restricción, cuando refiere a los daños físicos, abarca tanto las **lesiones dolosas** como las **imprudentes** o sólo a una de ellas y si las buenas costumbres deben ser respetadas en lo que se refiere al **acto de consentir**, al **hecho consentido** o a ambos. La contestación a ambas interrogantes me parece más técnica que política, ya que no tendría sentido práctico ni útil considerarlas sin la precedencia de la concreta existencia de las buenas costumbres en el sistema penal respectivo.

La cuestión del empleo de las buenas costumbres sólo para las lesiones **dolosas**, o solamente para las **imprudentes**, o para **ambas**, me parece algo sin más complicaciones, ya que, dependiendo de la redacción del texto legal, de su significado sistemático, histórico y/o teleológico y de su coherencia dentro del sistema penal y constitucional a que pertenezca, se puede evaluar hermenéuticamente la solución adecuada. En el caso específico del StGB germánico, el legislador hace referencia textual a las **lesiones**, sin especificar el tipo, y como **no hace distinciones de cualesquier**

---

<sup>243</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 300.

<sup>244</sup> ‘¿Volenti non fit iniuria?’ – *Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’ ...cit.*, pp 248 y 249.

<sup>245</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 528.

**orden**, deben ser exigidas, teleológicamente, tanto para las situaciones de comportamientos **típico-dolosos** como **imprudentes**, incluso porque dicha interpretación es plenamente acogida dentro del marco coherente del sistema jurídico-penal y constitucional alemán (*sin parecer afrontar a principios en él resguardados*), abierto a **explicaciones lógicas**. Así, para el StGB tanto se debe asegurar el hecho de acuerdo a las buenas costumbres en el caso del cirujano que se dispone a operar el paciente, bajo consentimiento informado, de un apendicitis en un hospital (*dolo*), como en el supuesto del médico que hace una traqueotomía en una persona sufocada en plena vía pública y utilizando un cuchillo sin esterilizar (*imprudencia*), aunque también bajo consentimiento.

Para determinar si la exigencia de la conformidad a las buenas costumbres se refiere al **acto de consentir** o al **hecho consentido**, o a ambos, se debe partir, como en el párrafo anterior, básicamente de los mismos fundamentos, con especial atención a los términos gramaticales de la norma, aplicándosele a continuación la interpretación que parezca más adecuada al sistema legislativo respectivo y a la armonía y coherencia de los principios en él contenidos. En el mismo caso alemán, el StGB se refiere al “hecho consentido” y **solamente**. Por consiguiente, no es el acto de consentir el que debe estar de conformidad a las buenas costumbres, sino el **hecho consentido**, para que el consentimiento que se otorgue pueda tener sus efectos de validez y eficacia. Un ejemplo muy sugestivo referido por POLAINO-ORTS<sup>246</sup>, es el caso de una persona que tiene un tipo de sangre O+ y que sólo permite que le quiten dicha sangre para una transfusión urgente a otra persona O+, y cuando pueda salvar la vida de este enfermo, si le conceden al donador autorización a que pueda pasar toda la noche en una juerga sin ningún gasto de su parte. El acto de consentir resulta ineficaz, sin embargo el hecho consentido ya no.

Finalmente, y de manera general, en respecto a los ordenamientos jurídico-penales, me adhiero a la posición mayoritaria sajona, que interpreta los efectos de todo dispositivo penal que se refiere a **daños físicos** o **lesiones corporales** como solamente aplicable de manera **restrictiva**, sin extender jamás dichos efectos. Ello porque, al entenderse en sentido amplio las buenas costumbres (*dejando aparte los argumentos de inconstitucionalidad*), podría suponer una interferencia autónoma y desmedida de la **moral** en el ámbito del Derecho penal, lo que, a su vez, implicaría desviar dicha rama del

---

<sup>246</sup> ‘¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’...cit, p 230.

Derecho a un ámbito jurídico-aplicativo más simbólico que real, a merced del retroceso jurídico y de influencias restrictivas, incluso subjetivas y religiosas, que, históricamente (*mutatis mutandis*) no han favorecido precisamente, a causa de sus muchos radicalismos, el mejor desarrollo de la humanidad. Permitirse una aplicación jurídico-penal amplia de la restricción de las buenas costumbre podría, de igual modo, inducir el aplicador del Derecho (*que disponga de conocimientos y equilibrio menos solidificados jurídicamente, y/o esté {o sea} más vulnerable a otras interferencias endógeno/exógenas*) hacia situaciones prácticas de publicación de **fallos injustos**, con el fin de defender valores personalísimos suyos.

Reconociendo la “indeterminación” del significado de lo que sea “opuesto a las buenas costumbres”, me parece oportuno citar la posición adoptada por MAURACH/ZIPF<sup>247</sup>, que eligen una **interpretación** “conforme a la Constitución”, si bien significan que las buenas costumbres vienen a ser algo considerado **atentatorio** “contra la comunidad, según las circunstancias sociales vigentes”, cuyos “límites a deducir... son discutidos”.

Si nos referimos a las **buenas costumbres** en su aspecto más realista, se puede decir que significan la **exigencia** legal de respeto del comportamiento de la persona a la voluntad abstracta de una **moral** hermenéuticamente referida, la que representa o no un sentimiento social y cultural mayoritario, sin que deba ser empleada por la clase dirigente en contra a los que puedan profesar un comportamiento **ético** distinto. Y me permito añadir que tratar de las buenas costumbres es lo mismo que autorizar la interferencia de criterios de orden ético-moral en el ámbito jurídico, lo que puede implicar la idea de un pensamiento cultural-social homogéneo, cuando en verdad convivimos en una sociedad **multicultural**, en la que, respetar las variaciones culturales de los muchos y heterogéneos grupos en ella integrados, significa expresar el **relieve** de Derechos del hombre, del ciudadano, humanos y fundamentales. Así que, la hegemonía de criterios ético-morales sobre aspectos jurídicos significa la posibilidad muy clara de un **retroceso** peligroso a las conquistas evolucionistas del Derecho y del Estado de Derecho moderno.

---

<sup>247</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 301.



ROXIN<sup>248</sup> toma una posición muy equilibrada acerca de las buenas costumbres, afirmando que “sólo se puede aceptar un ‘atentado a las buenas costumbres’ del hecho cuando del **ordenamiento jurídico** se desprenda claramente su reprobación legislativa y cuando el hecho causa el menoscabo de **bienes jurídicos** que no están a disposición del portador del bien jurídico”.

Añado todavía que mejor también (*y más seguro jurídicamente*) es tratar a las buenas costumbres, en los ordenamientos jurídicos donde existan, muy **cuidadosamente**, alejándolas del contexto siempre que la ley no exija su presencia directamente o haya alguna duda hermenéutica. Una interpretación restrictiva de las buenas costumbres en los tipos penales a que están vinculadas, por supuesto según el sistema penal a que pertenezcan, y de conformidad a las garantías constitucionales respectivas, es un **método aplicativo más seguro**. Siempre que imponga el Derecho penal la intervención condicionante de las buenas costumbres, se las debe analizar en el marco limitado de aquel determinado tipo y de conformidad a la Constitución. Aún bajo mi punto de vista, las buenas costumbres son algo de tamaña **temeridad** jurídica, en lo que al *consentimiento* en Derecho penal se refiere, que deberían ser de todo alejadas del ámbito penal. Lo que sí conviene es permitir la expansión de Derechos fundamentales, por ejemplo del desarrollo de la personalidad. Además, el sistema jurídico-penal dispone de otros medios más objetivos y seguros para delimitar la libertad humana, siempre que se haga efectivamente necesario, como por ejemplo la identificación legal y formal en sus Códigos penales de las reglas específicas de su interés, las que deben representar siempre los intereses de la ciudadanía dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho.

#### 1.1.5 CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS.

La **base** de la existencia y validez del **acuerdo** es la voluntad (*natural, o natural con discernimiento mínimo, según el grupo de casos en que acaezca*) expresada por el titular del bien jurídico, asintiendo a que un tercero pueda adoptar un comportamiento (*activo o pasivo*) respecto de dicho bien, a petición o permiso de dicho titular, siempre que no haya una prohibición legal y, en el caso de determinadas

---

<sup>248</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 530.

legislaciones penales, sin afrentar a las **delicadas** buenas costumbres. Una vez que actúe **contrariamente o sin la voluntad**, que representa la libertad de acción del titular del derecho renunciado (*incluso a nivel de parámetro general para todo el consentimiento en su significado más amplio*), el autor vulnera el precepto legal, haciendo **típico** su comportamiento, obviamente siempre que esté contenido en una previsión legal-penal, según el perfeccionamiento de la legalidad penal<sup>249</sup> (*ley penal anterior o reserva legal*<sup>250</sup>).

Por tanto, el acuerdo (*que significa el primer y el segundo grupos de consentimiento atípico en su conjunto*) es diagnosticado jurídicamente cuando el autor **no actúa en desacuerdo** al poder de decidir con voluntad natural o mínimo discernimiento del titular del derecho, expresado por su libertad de autodeterminación. No obstante, hay que considerar que una vez ocurra, incluso sólo como expresión de la propia **voluntad natural**, puede no ser enteramente libre el acuerdo, lo que implica en su irrelevancia (*el caso del niño que entrega su dinero a un criminal que lo engaña, etc.*). Así, es característico que, como señalan los juristas mayoritariamente, **no resulte** daño ni amenaza al bien jurídico protegido a través de la mediación del acuerdo en ambas sus formas válidas. La convicción jurídica y general que se reconoce para el comportamiento que resulte del acuerdo es la de un **comportamiento** reglamentario normal dentro del marco común de la actividad humana<sup>251</sup> y social (*el consentimiento en una relación sexual, en un allanamiento de morada, en un corte de pelo por el peluquero, en una*

---

<sup>249</sup> En síntesis: el principio *nullum crimen, nula poena sine lege* (en sentido amplio) y sus cuatro desdoblamientos: 1 – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (prohibición de analogía); 2 – *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (prohibición de fundamentar o agravar la pena con base en el Derecho consuetudinario); 3 – *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (prohibición de retroactividad de la ley); y 4 – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (prohibición de elaboración de leyes penales “indeterminadas o imprecisas”), que son referidos con objetividad por ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 137/141 y ss), quien señala que las primeras fórmulas están destinadas al juez, mientras las dos últimas al legislador. A mi juicio las prohibiciones aludidas en los ítems 3 y 4 también influyen en los jueces, pues tanto la cuestión de la retroactividad como de la indeterminación o imprecisión de leyes vigentes (confeccionadas por el legislador sin observación al principio) constituyen situaciones jurídicas del escenario aplicativo del Derecho penal, aunque deban ser rechazados, manteniéndose exclusivamente la retroactividad *in bonan parten*, como instrumento valeroso del Derecho democrático-social y expresión jurídica del *favor rei*; JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 53, 101 y 102, 136 y ss; MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 50, 114/116 {donde enfoca las *lex praevia, scripta y stricta*}, 141, 150 y 151); COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 67/80), añadiendo directamente al *nemo damnetur nisi per legale iudicium* y al principio de legalidad en la ejecución; etc.

<sup>250</sup> Vide, a.e., MAURACH/ZIPF (*Derecho penal – Parte general – I... cit.*, pp 157/164), que también hacen referencia a un “cuádruplo” significado del principio, apuntando a la “reserva legal”, aunque con respecto a la “*nulla poena sine lege scripta*”; ARIEL DOTTI (*Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, pp 55, 58 y 59, 440, 625 y 626); RÉGIS PRADO (*Comentários ao Código Penal... cit.*, pp 21 y ss); etc.

<sup>251</sup> En ese sentido, p.e., COBO/VIVES, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 491.

*afectación por el barbero, en una sustracción, etc.*), **no obstante** dicha actividad es típica cuando practicada contra o sin la autorización del titular del bien.

## 1.2 EL CONSENTIMIENTO (EN SENTIDO ESTRICTO) COMO CAUSA DE JUSTIFICACION.

La postura de ilustres juristas consistente en mantener el *consentimiento en sentido estricto*, en el ámbito de la teoría jurídica del delito, como **causa de justificación** en general (*hay casos de reducción del potencial de injusto*<sup>252</sup> *ya antes apuntados*), contraria a una **pacificación dogmática**, que se presenta extremadamente adecuada bajo el punto de vista jurídico y político-criminal evaluado en esta investigación; es decir, del *consentimiento* como un conjunto con naturaleza jurídica **atípica**. La fórmula del **unitarismo** ha empezado su utilización dogmática bajo los planteamientos científicos que ya vienen exponiendo, repitiendo y desarrollando muchos otros investigadores, de igual relieve que los separatistas, desde los antes referidos comienzos de la década de 70 del pasado siglo.

Así, además del acuerdo con **voluntad natural** y del acuerdo con **discernimiento mínimo** (*los que, cada uno por sí, alejan la imputación penal objetiva del autor, a causa de la atipicidad que hace resultar la mediación de dichos institutos jurídicos*), hay también muchos más casos de *consentimiento en sentido estricto*<sup>253</sup> (*terminología preferida por los separatistas; aunque solamente consentimiento para los unificadores*), de lo que resulta que el problema de relevantes distinciones dogmáticas más amplias dentro de la temática del *consentimiento* no termina allí, de conformidad con la teoría divisora y sus ilustres defensores, sobre todo.

---

<sup>252</sup> La circunstancia atenuante genérica es un ejemplo de dicha reducción de la Parte general de los CPs de España y Brasil, p.ej., mientras los casos de lesiones del art. 156 del CPE y el aborto consentido el Brasil, son ejemplos de la Parte especial.

<sup>253</sup> ROXIN, p.ej., hace una exposición muy precisa en seis especies, con respecto a las distinciones entre acuerdo y consentimiento para los dualistas (*vide en Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 513/515 y en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ – Dogmática y Política Criminal... cit.*, pp 129/133), a la que me adhiero y la que referiremos adelante al tratar de los planteamientos de la teoría monista-liberal de este maestro de Alemania. Es oportuno citar que POLAINO-ORTS, entre otros científicos, sigue con ROXIN bajo fundamentalmente el mismo punto de vista (véase a *‘¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’... cit.*, pp 223 y ss).

Es decir, que hay el **tercer grupo** de casos de *consentimiento* válido y eficaz (*eje de esta investigación*) en el que los seguidores del separatismo aseguran la presencia de un **resultado lesionador** (*o amenazador*) al bien jurídico protegido, porque entienden todavía que el interés legal que intenta preservar dicho bien no puede ser renunciado por la persona (*el particular*) de manera que consiga **alejar el Derecho penal**. Insisten los dualistas que resulta preservada la tipicidad del comportamiento del autor, pues consideran que dicha modalidad de *consentimiento* es un **procedimiento socialmente raro**; no común a la vida cotidiana (*ejemplos: una cirugía de trasplante para donación de riñones, lesiones sadomasoquistas, una cirugía transexual, ciertas lesiones deportivas*<sup>254</sup> *como las características del boxeo, etc.*), con especial incidencia en las lesiones en general.

Sin embargo, ello es consecuencia del menoscabo de dicho objeto material, el que hubiera sido **renunciado**, en lo que se refiere a su protección jurídico-penal, por el titular del derecho, siendo legalmente disponible como mecanismo jurídico-constitucional de expresión de la libre voluntad personal y privada. Conviene reiterar que para la teoría dualista el *consentimiento* en sentido estricto **no es relevante** en el ámbito del tipo, sino directamente en el del **injusto penal**, lo que, observándose la secuencia dogmática de los elementos integrantes de la teoría jurídica del delito, una vez considerada su actuación en el marco de la justificación, dicho *consentimiento* estructuralmente preserva la tipicidad, aunque se torna una **tipicidad sin valor práctico** en aquel determinado caso, ya que su expresión a nivel de instrumento jurídico inicial al perfeccionamiento y a la configuración del delito (*o de la falta*) pierde su valor real con la interferencia de la justificación, impidiendo consideraciones relativas a la culpabilidad y, consecuentemente, a la punibilidad.

Dicho entendimiento separatista, en ese **tercer grupo** de presupuestos, impone una concreta **súper-valoración** del bien jurídico y un evidente **desprecio** al relieve adecuado de la libertad de acción y autodeterminación, al reconocimiento del

---

<sup>254</sup> Expresando un carácter informativo que merece lectura, acerca del consentimiento en el ámbito de las lesiones, *vide*, por ejemplo, a SUÁREZ LÓPEZ, José María, en *Los afectos atenuatorios del consentimiento en las lesiones* (365/380) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera)* – Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.

desarrollo de la personalidad y a la afirmación de la dignidad del titular del bien disponible, asegurados por el **Derecho público positivo-constitucional**.

**Primeramente**, dice que es una **súper-valoración** del bien jurídico, en detrimento de su sencilla y real condición resultante (*tras mediar el consentimiento*) de objeto del hecho (*a que apuntan sin error los unificadores*<sup>255</sup>), ya que la petición o la aceptación del titular del derecho de consentir con respeto al comportamiento del autor y al menoscabo subsiguiente de dicho objeto material, **implica** una verdadera manifestación de la voluntad, con respecto a un bien “enteramente susceptible de disposición privada<sup>256</sup>”.

En **segundo** lugar considero que es un **desprecio** a la capacidad humana para expresar su voluntad discernida, pues el titular del bien protegido, al **consentir** eficazmente, expresa las garantías constitucionales de libertad de acción, de autodeterminación y de desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculadas a la imprescindible afirmación de la dignidad humana, como mandamientos de **jerarquía legal superior**, constitucional<sup>257</sup>, que necesitan ser respetadas integralmente. Se puede considerar, incluso, como si el propio titular del bien hubiera lesionado o amenazado (*él mismo*), a dicho bien disponible (*una especie de autolesión o autopuesta en peligro*), según su interés con discernimiento razonable, ya que el autor se torna un instrumento de realización de la **voluntad** y de la **expresión material** eficaz del titular del bien; o de otro modo, el propio titular del bien jurídico disponible es el responsable (*no imputable*) por su desprecio y menoscabo, por lo cual la situación que se analiza carece de interés para el Derecho Penal, perspectiva esta que tampoco aceptan los dualistas.

---

<sup>255</sup> Por todos, ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 517.

<sup>256</sup> V.g., MAURACH/ZIPF, *Derecho penal – Parte general – 1... cit.*, p 290.

<sup>257</sup> Arts. 1.1, 9.1 y .3, 10, de la CEspaña, p.e., entre otros que los complementan. Sin embargo dichas garantías constitucionales expresan la supra-existencia de los derechos fundamentales y son una característica de los Estados de Derecho, sobre todo sociales y democráticos.

### 1.2.1 REFERENCIAS CONCEPTUALES RESPECTO AL PENSAMIENTO SEPARATISTA. ESPECIALMENTE EN LA DOCTRINA PENAL ESPAÑOLA, ALEMANA Y BRASILEÑA.

MAYER (que considera el injusto con una clasificación en **tres grupos**, perteneciendo tanto el “consentimiento de la víctima” como la “actividad curativa del médico” al grupo B<sup>258</sup> {“El reconocimiento del interés protegido”}, {“La esfera que se deja libre por el Estado”}), MEZGER (que con su “maestría organizadora”, a partir de la “exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés” – después, “principio de la ausencia de lo injusto” –, trata de las **formas de consentimiento** tanto “consiente” como “presunto”), HEINITZ (que acepta la clasificación de MEZGER) y WELZEL (que presenta **tres grupos** de “situaciones excepcionales”, acogiendo “el consentimiento del ofendido” en la *tercera*<sup>259</sup> modalidad), por ej., forman parte de una especie de **análisis histórico-cronológico** de JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>260</sup> desde los germánicos hacia su planteamiento personal, final y crítico de no aceptación del *consentimiento* como causa general de justificación, en el ámbito de la teoría del delito.

Jurista, Catedrático de Derecho penal y político, JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>261</sup>, **partiendo básicamente** de que el “Derecho penal es un derecho público”, no admite que “el consentimiento tenga influjo general en nuestra disciplina”, es decir, que no lo considera como causa de justificación complementaria general en el rol de los presupuestos específicos del CP (*legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber*). Ello deriva de la consideración del acto de consentir del particular **como un instrumento jurídico privado** actuando en el ámbito del Derecho público, lo que al menos hoy día es una preocupación **innecesaria** e incluso **anticuada**, pues la base positiva y directa del consentimiento es el propio Derecho constitucional (*público*) y la expresión del ciudadano en particular al consentir es una clara expresión también de Derecho público (*público-penal*), lo que en absoluto ni siquiera amenaza el equilibrio y la independencia de esas dos importantes ramas del Derecho, sino que antes

---

<sup>258</sup> Los demás grupos de la clasificación de MAYER son la “lucha contra lo injusto (el deber jurídico, la legítima defensa y la ayuda propia)” y los “Privilegios”. Sobre el tema y por todos, *vide* la referencia de JIMÉNEZ DE ASÚA en *Tratado de Derecho Penal – Tomo III... cit.*, p 1056.

<sup>259</sup> Los dos otros grupos de la clasificación de WELZEL son “la necesidad (legítima defensa, estado de necesidad jurídico-civil, estado de necesidad suprallegal)” y las “situaciones que hacen necesario el inmediato empleo de la violencia (auto-auxilio, detención provisional)”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *idem supra*, p 1058.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pp 1056/1058.

bien las **enlaza**, respetando sus personalidades jurídicas propias. Dicho autor, aunque argumente el “reconocimiento del interés preponderante” como la base de las causas de justificación, tampoco olvida (*incluso citando a VON HIPPEL*) que “no siempre hay colisión de intereses<sup>262</sup>”, lo que política y estructuralmente es una especie de ventanilla muy clara a la concepción del *consentimiento* como causa de **atipicidad**<sup>263</sup>.

### 1.2.1.1 ESPAÑA.

Históricamente, la Parte general del CP de España **no contiene previsión expresa** respecto al *consentimiento*, remetiéndola la cuestión “de cara” a la Parte especial, y a eso ya refiere SAINZ CANTERO<sup>264</sup>, al expresar su concepción dualista, asegurando que dicho *consentimiento* actúa como **causa excluyente de la antijuridicidad**, “cuando la tutela del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta típica está supeditado a que el titular del mismo tenga interés en su protección”. Así, en “estos casos, cuando ese titular carece de interés en que el bien jurídico que le pertenece se proteja, la acción típica que lesiona ese bien no es antijurídica, siempre que haya mediado el consentimiento expreso o presunto<sup>265</sup>”.

Acerca de la **identificación** de los casos en que “la tutela del bien jurídico esté condicionada o no al interés de su titular”, refiere SAINZ CANTERO<sup>266</sup> que eso va a **depender** de una “detenida interpretación del sentido y finalidad del tipo delictivo de que se trate”, posibilitando así identificarse la relevancia o no del *consentimiento*, y con esto asegura dicho científico su toma de posición separatista.

Refiriéndome a parte importante del pensamiento jurídico de España, p.ej. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>267</sup>, aunque sin profundizar demasiado en el tema, estiman que, de las causas de justificación, el *consentimiento* es **la única** “no citada expresamente entre las eximentes del art. 20” del CPE, lo que es una omisión legislativa,

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, p 1059.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> En ese sentido, *vide p.e.*, a ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 521).

<sup>264</sup> *Lecciones de Derecho Penal – Parte General - II... cit.*, pp 343, *in fine*, y 344.

<sup>265</sup> *Idem supra*.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p 344.

<sup>267</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 350.

lo cual expresa el fuerte carácter de supralegalidad contenido en dicho instituto. Además, **se refiere el CPE al consentimiento**, v.g. en los arts. 145 y 155 expresamente, y en otros más sin acudirse al término *consentimiento* (arts. 143.4 y el propio 21.6ª, éste como *circunstancia atenuante genérica de la responsabilidad criminal, que acoge perfectamente al consentimiento en una situación formal de analogía in bonam partem y para empleo en situaciones típicas más amplias y sin libertad formal para consentir*), no obstante como causas prácticas de reducción del potencial de injusto típico y formales de disminución de pena.

**Añaden** dichos juristas que “hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad ya de un modo general, sino que sólo y en la medida en que se den determinados requisitos todo lo más puede excluir la antijuridicidad, es decir, justificar una conducta que sigue siendo típica<sup>268</sup>”.

BERDUGO y otros<sup>269</sup>, al tratar del *consentimiento*, lo incluyen entre las causas de **justificación**, aunque reiteran su ausencia de las hipótesis formales del art. 20 del CPE. **No obstante**, “se trata de una potestad del titular individual del bien jurídico protegido considerar como lesiva o no una determinada conducta<sup>270</sup>”.

MIR PUIG<sup>271</sup>, igual que MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, por ejemplo, se refiere a la **cuestión** de que en España el “Código penal no prevé el consentimiento entre las causas de justificación generales”, aunque apunta su existencia en la Parte especial (art. 156). MIR PUIG parece admitir el significado dualista del instituto, aunque mediando en determinados sucesos “la imputación objetiva<sup>272</sup>”.

Así, dicho jurista español justifica la **validez jurídica** del *consentimiento* en Derecho español, enfocando al art. 10 de la CE, “al declarar fundamento del orden político y de la paz social el <libre desarrollo de la personalidad>”, lo que “ha de conducir a considerar, *por lo menos*, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una

---

<sup>268</sup> *Idem supra*.

<sup>269</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – 2ª edición*, Barcelona/España, La Ley, 1999, p 239.

<sup>270</sup> *Idem supra*.

<sup>271</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 501.

<sup>272</sup> *Idem supra*.



forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente<sup>273</sup>". Dicho "por lo menos" sugiere una validez relativa del principio constitucional, la que a mi juicio no parece enteramente adecuada ante el entendimiento **monista** hacia la atipicidad del consentimiento, exactamente basada también en dicho art. 10 de la Constitución de España. Entiende MIR PUIG que en "algunos casos" dicho mandamiento constitucional determina "la imputación del hecho al que consiente (*como desarrollo de su personalidad*)", **negando**, "en consecuencia, la imputación del hecho al que actúa con su consentimiento<sup>274</sup>".

Contemplando la división del *consentimiento* amplio en **dos grupos** (*del acuerdo y del consentimiento en sentido estricto*<sup>275</sup>), prosigue MIR PUIG aludiendo al eje separatista del "segundo grupo" donde se observan las situaciones en que "la víctima" **consiente** al ataque contra un bien jurídico del que **dispone**, "pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento<sup>276</sup>". Recuerda MIR PUIG que incluso los doctrinadores de Alemania mayoritariamente consideran que el consentimiento otorgado en algunas lesiones, como en una operación de cirugía estética no justificable por estado de necesidad", puede llegar a ser excluyente del delito. Así, el *consentimiento* excluye "la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles" los consentidos por su titular, en determinadas condiciones, aunque sin impedir "la lesión de dichos bienes<sup>277</sup>", es decir, pudiendo o no alejar la imputación y la tipicidad, dependiendo del contexto legal.

El *consentimiento en sentido estricto* recibe "cobertura formal" del "ejercicio legítimo de un derecho" (*art. 20.7º del CPE*), según plantean COBO/VIVES<sup>278</sup>, ya que, como **causa de justificación**, expresa un conflicto entre bienes o intereses, lo que es solucionado a partir de la autorización del titular a que el autor pueda lesionar o amenazar eficazmente al bien o interés jurídico de que dispone dicho titular<sup>279</sup>. Entienden dichos autores que en el *consentimiento* la tipificación subsiste, a causa de la lesión que

---

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> *Ibidem*.

<sup>275</sup> "Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como <consentimiento> (*Einwilligung*) en sentido estricto" – *ibidem*, p 499.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p 498.

<sup>277</sup> *Ibidem*.

<sup>278</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, 492 y, más recientemente, COBO/QUINTANAR, en *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, pp 156 y 157.

<sup>279</sup> *Idem supra*, pp 486/488.

permanece contra el bien jurídico<sup>280</sup> (*no contra el objeto del hecho*), aunque **se aleje la punibilidad a través de la justificación**, que es expresada “sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente a favor del autor”. En fin, para COBO/VIVES el derecho-poder de consentir que corresponde al titular del bien jurídico disponible no contiene fuerza jurídica suficiente para expresar la libertad de acción (*incluso como desarrollo de la personalidad y afirmación de la dignidad humana*) **con virtualidad para cambiar** el concepto y el *status* del bien disponible (*eje aparente de la cuestión*), aunque tras la mediación del *consentimiento*, a la condición de objeto del hecho, y ubicar ese valioso instituto en la teoría del delito como causa de **atipicidad**.

QUINTERO OLIVARES<sup>281</sup> recuerda que, “al menos en la doctrina española”, el *consentimiento* es un tema sin tratamiento **global**, es decir, sin referencia en la Parte general del CP, si bien es manifiesta “la dificultad para formar grupos de casos o situaciones posibles”, y afirma, como opinión personal, que “en modo alguno es necesaria<sup>282</sup> dicha referencia, ya que al *consentimiento* como verdadera causa de justificación le faltan los dos requisitos externos (*“prescindiendo del análisis dogmático que corresponda a cada una de” las circunstancias “eximentes”*), “que son la claridad en su naturaleza y la univocidad en su incidencia en el problema penal”, los cuales no son posibles de afirmar “en relación con el consentimiento”, que es un instituto incierto en cuanto a su **actuación** y consecuentes **efectos**. Así, mientras el *consentimiento* puede expresarse eficazmente como causa de atipicidad o de justificación, entiende QUINTERO OLIVARES que “teniendo en cuenta la amplitud con la que está concebida en Derecho español la eximente de ejercicio del derecho (art. 20.7 CP)”, a través de ella “pueden entrar también, como es lógico, todos los Derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución”, y por supuesto se expresa el *consentimiento*, sin necesidad de acudir a “explicaciones supralegales<sup>283</sup>”.

**Sin embargo**, no se presenta tan sencilla la cuestión referida en los párrafos anteriores, incluso a través de estos ilustres raciocinios jurídicos excluyentes sólo de la antijuridicidad. Bajo un análisis más **específico**, a mi juicio, merecen referencia básicamente dos puntos: 1) se debe partir del principio de que *consentimiento en*

---

<sup>280</sup> *Ibidem*, p 492.

<sup>281</sup> *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 477.

<sup>282</sup> *Idem supra*, p 479.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p 480.

**sentido estricto** es una cosa y **ejercicio legítimo de un derecho** es otra; es decir, cada uno de ellos posee, mantiene y desarrolla sus **características jurídico-estructurales propias**, y no es adecuado, bajo este punto de vista, confundirlos desde la perspectiva dogmática, máxime cuando el acto de consentir antecede al significado de cualquier causa de justificación, lo que torna innecesario siquiera evaluar la presencia de una justificante; y **2)** mientras no sea **formalmente** incluido en el Código penal (*de España o de cualquier otro Estado de Derecho*) como una causa general de atipicidad directamente apuntada, la independencia científica y estructural del *consentimiento* es perfectamente investigada, reconocida y aplicada a nivel propio y asegurada como causa **supralegal** de base constitucional (*libertad de acción, autodeterminación, desarrollo de la personalidad, dignidad, etc.*), aun cuando sea **imprescindible** reconocer la garantía jurídica que significa la amplitud terminológica y aplicativa del instituto del **ejercicio legítimo de un derecho**; éste, sin embargo, con aplicación para los presupuestos que necesiten poseer una personalidad jurídica tal a que puedan expresarse como causa de justificación, lo que no es el caso cuando media el *consentimiento*, y sobre todo el *consentimiento* como **causa de atipicidad**.

Además, nada impide que a una determinada causa de justificación le falte **claridad en su naturaleza** e incluso **univocidad** en el ámbito penal para que, en parte conteniendo características comunes (*mayoritariamente*) y en parte conteniendo otras distintas, pueda incluirse dentro de un concepto jurídico común, si genéricamente así es que se torna más inteligible y **metodológicamente** apropiada, según las consideraciones científicas pertinentes.

A mi juicio, al fin y al cabo, **resulta** muy claro que la perspectiva dualista no parece adecuada, pues el raciocinio jurídico monista del *consentimiento* en general como causa de **atipicidad** se muestra más apto a la hora de explicar la naturaleza jurídica de dicho instituto jurídico, inclusive expandiendo **Derechos fundamentales** de modo claramente más satisfactorio.

#### 1.2.1.2 ALEMÁNIA.

Tras ese **resumen** del pensamiento dualista de los ilustres dogmáticos hispanos, me refiero al Derecho penal de Alemania (*tampoco hay una referencia directa al consentimiento en la Parte general del StGB alemán, sino en presupuestos de la respectiva Parte especial*) y sus científicos, desde donde partieron los estudios más profundos y el desarrollo inicial del *consentimiento* amplio en el siglo pasado y donde igualmente (*como en España, sobre todo hoy día*) se investiga con profundidad respecto a dicho tema y sus **inevitables cambios** en el ámbito de la teoría del delito, desde luego nos referiremos a JESCHECK/WEIGEND<sup>284</sup>, que, representando un ejemplo didáctico del divisionismo alemán, sintetizan su pensamiento en el sentido de que, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de acuerdo, hay distintas disposiciones penales en las que “el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular”, lo que, según los mismos pensadores, **implica** que el comportamiento descrito “en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición”.

Dichos sucesos, a los que la **doctrina alemana mayoritaria** denomina *consentimiento*, son analizados jurídicamente como “causa de justificación<sup>285</sup>”, pues en ellos “no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello”. Así, lo “correcto es concebir al *consentimiento* como una causa de justificación<sup>286</sup>”, pues “el objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular”. En fin, “la idea de un quebranto jurídico independiente de la voluntad del ofendido constituye un planteamiento general”, **sintetizándolo** dichos alemanes.

---

<sup>284</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 400.

<sup>285</sup> En ese sentido, en Alemania, JESCHECK/WEIGEND (*idem supra*, n.p 5) citan, p.e., a BAUMANN/WEBER, DREHER/TRÖNDLE, al propio GEERDS, a HRUSCHKA, LACKNER, OTTO, HONIG, KÜHL, HIRSCH, STRATENWERTH, WESSELS, WELZEL, mientras diferenciando, “según los presupuestos”, a JAKOBS y TRIFFTERER.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p 403.

La idea que determina la **eficacia** del *consentimiento* como causa de justificación, para JESCHECK/WEIGEND<sup>287</sup> es de “naturaleza político-jurídica<sup>288</sup>”, pues la “valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo” la reconoce efectivamente el ordenamiento jurídico, ya que “el uso sin restricciones de la libertad personal como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos”. Según dichos pensadores, la infracción del objeto jurídicamente protegido resulta **cubierta hasta** “donde alcanza la libertad del titular”, y desde que estén presentes los “requisitos esenciales para la eficacia del consentimiento”, lo que hace deducir su eficacia solamente con respecto a bienes individuales y desde que el que consiente sea el titular único del bien menoscabado.

Dichos JESCHECK/WEIGEND, aunque **apuntan** a la perspectiva de las teorías del “negocio jurídico” (ZITELMANN<sup>289</sup>); de la “renuncia al interés” (MEZGER, HONIG, VON HIPPEL<sup>290</sup>), aún siendo aceptado que bajo “el consentimiento decaía parcialmente el objeto de protección pues el injusto típico también reside en la desconsideración de la voluntad del ofendido” (STRATENWERT, WEIGEND<sup>291</sup>); de la “renuncia a la protección jurídicopenal” (GEERDS, BICHLMEIER, DREHER/TRÖNDLE, WELZEL, WESSELS<sup>292</sup>); y del “Derecho consuetudinario” (HIRSCH, *en ese sentido*<sup>293</sup>), como **distintos medios** jurídicos para fundamentación de la eficacia del consentimiento justificante, plantean que, no obstante, “estas explicaciones no consiguen suministrar plenamente el fundamento de la fuerza justificante del consentimiento”.

La **primera** (*negocio jurídico*), **no distingue** los fines penal y civil, mezclándolos.

La **segunda** (*renuncia al interés*), **no justifica** que, a causa de una “renuncia subjetiva apoyada en móviles que con probabilidad son sumamente inmorales”, se pueda “desligar al Estado de su misión en la protección objetiva de intereses”.

---

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 405.

<sup>288</sup> En ese sentido, JESCHECK/WEIGEND citan a NOLL, MAURACH/ZIPF, GÖBEL, JAKOBS, etc. (*Ibidem*, p. 405, n.p. 30).

<sup>289</sup> *Ibidem*, n.p. 25.

<sup>290</sup> *Ibidem*, n.p. 26.

<sup>291</sup> *Ibidem*, n.p. 27.

<sup>292</sup> *Ibidem*, n.p. 28.

La **tercera** (*renuncia a la protección jurídico-penal*), igual que la anterior, **tampoco explica** la razón por la que la “renuncia privada” sea preferida al deber del Estado en la protección jurídica de carácter público, y tampoco contesta el motivo por el cual el “decaimiento parcial del injusto de resultado<sup>294</sup>” no implica en su pleno desvalor.

La **cuarta** (*Derecho consuetudinario*), **no se refiere** a la fundamentación interna del consentimiento como causa justificante.

Hacia el **aspecto práctico** de la tesis dualista, JESCHECK/WEIGEND, reconociendo la existencia de discrepancias entre los juristas alemanes actuales respecto a dichos casos<sup>295</sup>, acuden a supuestos que sirven a la **postura doctrinaria divisionista** en general: “Quien, como donante de órganos pone a disposición su riñón para un trasplante, sacrifica una parte importante del cuerpo para ayudar a otra persona”; “Quien, en un proceso de divorcio autoriza a su médico de familia a declarar acerca de una grave perturbación psíquica que padece, renuncia frente a los intervinientes en el proceso a un secreto rigurosamente guardado<sup>296</sup>”.

Sin embargo, de lo que plantea esa perspectiva **separatista**, vigorosamente representada por JESCHECK/WEIGEND, entiendo que se deduce que la expansión práctica, útil, crítica y justa de los mandamientos constitucionales, sobre todo cuando efectivamente vinculados a Derechos fundamentales (*del ciudadano, de la ciudadanía, de la sociedad*) – *más que esto a una adecuación y una necesidad plena para el medio cultural, político y jurídico-social* –, imponen dicho relieve político-jurídico a la renuncia del bien jurídico por parte de su titular, **con fuerza suficiente como para alejar el interés penal**, sin con ello invadir la esfera de protección que debe tener y mantener el Estado hacia bienes indisponibles o hacia las partes indisponibles de ciertos bienes parcialmente disponibles y ello, incluso, en determinados presupuestos **protegiendo al**

---

<sup>293</sup> *Ibidem*, n.p. 29.

<sup>294</sup> *Ibidem*, pp 404 y 405.

<sup>295</sup> “Quien decide tomar parte en un experimento científico en el que por un tiempo se pierde el contacto con el mundo exterior, renuncia temporalmente a su libertad de movimiento”; “Quien se somete a una operación de cirugía estética, soporta un menoscabo de su integridad corporal más o menos profundo” – para la tesis mayoritaria en Alemania, dichos presupuestos actúan directamente como causa de atipicidad en el ámbito de la teoría jurídica del delito, a lo que todavía no aparenta inclinarse JESCHECK/WEIGEND (*ibidem*, pp 400 y 401, ns.p. 6, 8).

<sup>296</sup> *Ibidem*, pp 400 y 401.

**hombre contra sí mismo**<sup>297</sup>. Y en este contexto de protección de la persona contra sus propios actos, es necesario resaltar el rango fundamental y protector de la **Constitución**, p.e. a partir de una cita a STEPHEN HOLMES<sup>298</sup>, que a su vez refiere muy originalmente a F.A. HAYEK, en el sentido de que dicha Ley constituye un medicamento “institucionalizado” contra lo que llama “miopía crónica” de determinados ciudadanos, es decir, que son normas obligatorias o frenos, aquellas contenidas constitucionalmente, contra placeres y beneficios inmediatos, aunque extrema y efectivamente perjudiciales a la propia persona y al Estado-ciudadanía. Entonces, los “ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor<sup>299</sup>”.

**Además**, es oportuno plantear que para la teoría **monista** (y creo que *acertadamente*) dicha “renuncia” del titular del bien jurídico, de conformidad con su acogimiento político-constitucional penal, si bien es suficiente para (*repito*) alejar cualquier interés del Derecho punitivo, reduce al bien, en aquellos casos en que se presenta disponible, a un mero objeto del hecho, aunque sería un menoscabo a un bien jurídico si no fuera por la interferencia del *consentimiento* válido y eficaz, bajo la libre expresión de la voluntad del titular del derecho, desarrollando su personalidad y su propia dignidad ciudadana, que en dichos casos, **no puede esclavizarse** por el **exceso de interferencia formal del Estado** y tampoco de **limitaciones sistemáticas radicales**, en un escenario ciudadano que, aunque necesite seguras garantías formales, éstas deben expresarse con mayor realismo como instrumento de afirmación del propio Estado de Derecho, democrático y social, resultante de un sólido lastro sistemático del Estado liberal.

No obstante adopte y defienda la perspectiva de la teoría monista, ROXIN<sup>300</sup> **se refiere** al “consentimiento en sentido estricto” – *por supuesto conforme lo consideran los separatistas* –, como aquél prestado “por el portador del bien jurídico”, y que “solo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo”, a cuyos ejemplos sirven mejor “los tipos de daños y lesiones”. Así, a modo de **ejemplo** si “el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquél, según la doctrina

---

<sup>297</sup> Ello, en supuestos, p.e., de “cobayismo” (el que significa la utilización de seres humanos en experiencias de varios orígenes), de “venta de partes del cuerpo”, a los que refiere BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 12, *in fine*), inspirado en MUÑOZ CONDE (*Idem*, n.p. 29), etc.

<sup>298</sup> HOLMES, Stephen, en *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, disponible en internet, a través de <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/profc/herzog/holmes%20-%20precompromiso.pdef>, p 2 de 26.

<sup>299</sup> *Idem supra*.

<sup>300</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 512, *in fine*.

dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada<sup>301</sup>. El *consentimiento*, por consiguiente, “excluye solo la antijuridicidad” y en la mayoría de las veces **intenta** encontrar su fundamento en “una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante<sup>302</sup> desde el punto de vista jurídico-constitucional de la libertad de acción. Desde la perspectiva de otros juristas, dicha justificación es atribuida “a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición<sup>303</sup>”, siempre en el marco justificante.

JAKOBS<sup>304</sup> es quien mantiene doctrinariamente un **dualismo intermedio** (*doctrina diferenciadora*) desde la dogmática sajona, es decir, el *consentimiento* tanto siendo causa de atipicidad como de justificación, de igual modo se refiere a un determinado grupo de casos en que la lesión al bien jurídico permanece, independientemente del *consentimiento* válido y eficaz del titular del derecho<sup>305</sup>, lo que, en ese sentido, es **prácticamente lo mismo** que la posición separatista en general, aunque dicha diferenciación mantenga determinados criterios propios. Desde esta postura, el *consentimiento*, aunque eficaz y realizado respecto a un bien jurídico disponible dentro del marco de la esfera de dominio de su titular, no es todavía suficiente en orden a clasificar dicho bien a nivel de objeto del hecho, ni siquiera cuando el menoscabo sea autorizado por el propio titular del derecho respectivo y del bien que le corresponde, bajo su discernimiento razonable. Así, JAKOBS insiste con el entendimiento acerca de la **permanencia** de la lesión, no contra el objeto del hecho, sino contra el bien jurídico, ya que la persona no posee capacidad para alejar plenamente la interferencia del Derecho penal en semejantes situaciones de *consentimiento*.

---

<sup>301</sup> *Idem supra*.

<sup>302</sup> Mejor decir de una “media renuncia”, con una también “media libertad de acción”, aunque el significado constitucional de los Derechos fundamentales sea en el sentido de su expansión.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p 513.

<sup>304</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 293 y ss.

<sup>305</sup> Si comparamos los supuestos, se puede plantear como de cierto modo equivalente que JAKOBS considera justificante al consentimiento en las hipótesis monistas de lo que referimos como “consentimiento con discernimiento satisfactorio o razonable”, aunque enfoque argumentos distintos. Respecto a esa posición dogmática de JAKOBS, como antes se ha dicho, nos referiremos más detenidamente a continuación.



### 1.2.1.3 BRASIL.

En Brasil, las directrices dogmáticas generales del *consentimiento en sentido estricto* (o simplemente del *consentimiento justificante*) son básicamente las mismas trabajadas en España y Alemania. El Código penal de Brasil tampoco hace referencia al *consentimiento* como causa justificante en su art. 23, donde están contenidas dichas eximentes. Sin embargo, **son varias las referencias que aparecen** en su Parte especial hacia este importante instrumento de expresión de la libertad humana, tanto de forma directa<sup>306</sup> como indirecta<sup>307</sup>, excluyendo el injusto<sup>308</sup> o reduciendo<sup>309</sup> su potencial infractor.

ARIEL DOTTI<sup>310</sup>, p.e., **recuerda** que el “CP brasileño no contiene el *consentimiento del ofendido* entre sus causas expresas de justificación” (1), aunque dicho instituto “es reconocido por el sistema siempre que resulta de la expresión de la voluntad jurídicamente válida del titular del derecho respectivo” (2).

Para MOURA TELES<sup>311</sup>, en los tipos en que **el disenso** del titular del bien no sea elemental (*homicidio, robo, calumnia, etc.*), el *consentimiento* podrá excluir el injusto, aunque deban estar presentes dos **requisitos imprescindibles**: “a) la disponibilidad del bien jurídico; b) la capacidad para consentir del ofendido” (1). Es decir, si el bien es **disponible** y el titular del derecho posee **capacidad** para consentir, resulta que podrá renunciar a la tutela jurídica. Contrariamente, “si se trata de un bien de interés general de la sociedad y del Estado, acerca de él no puede su titular disponer con libertad, tampoco alienar, ni renunciar. Así es, por ejemplo, respecto a la vida” (2), al contrario de lo que ocurre con el honor.

---

<sup>306</sup> Art. 124 (aborto realizado por tercero bajo el consentimiento de la gestante).

<sup>307</sup> Art. 122 (inducir o auxiliar al suicida).

<sup>308</sup> Art. 128 (aborto, cuando el embarazo resulta de estupro y lo precede consentimiento de la embarazada o, siendo incapaz, de su representante legal).

<sup>309</sup> Art. 121, § 1º, 1ª parte (homicidio practicado por motivo de relevante valor social o moral – ello actúa muy bien en los casos de eutanasia).

<sup>310</sup> *Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 405. El original en portugués (1): “O CP brasileiro não indica o *consentimento do ofendido* entre as causas expresas de justificação”; (2): “é reconhecido pelo sistema quando decorre da vontade jurídicamente válida do titular do direito”.

<sup>311</sup> *Direito Penal – Parte Geral... cit.*, pp 273. El original (1): “a) a disponibilidade do bem jurídico; b) a capacidade de consentir do ofendido”; (2): “Se não, trata-se de um bem de interesse geral da sociedade e do

“En aquellos presupuestos en el que el único titular del bien o del interés protegido jurídicamente es la persona responsable por la aquiescencia, y puede libremente disponerla, el consentimiento del ofendido excluye la ilicitud del delito” (1), **enfoca RÉGIS PRADO**<sup>312</sup>. El “fundamento de dicha causa justificante es el principio de la ponderación de valores<sup>313</sup>” (2). Entre otros ejemplos, donde también residen divergencias incluso entre los separatistas, el autor brasileño cita a las cirugías “estética, transexuales, para esterilización y trasplante de órganos” (3).

## 1.2.2 CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS.

No obstante expresar una toma de posición dualista, antes referida, MIR PUIG<sup>314</sup> **afirma** que la “consideración de la conformidad del afectado como causa que impide la realización del tipo o, por el contrario, como causa de justificación, depende del criterio que se maneje para distinguir el tipo y las causas de justificación”. Sin embargo, el conjunto de justificaciones que presentan los separatistas para distinguir el tipo y la causa de justificación en el ámbito del *consentimiento*, **por una parte** desvalorando el derecho-poder del ciudadano para decidir y expresar libremente su voluntad respecto a un bien disponible, conforme mejor convenga a sus intereses, según criterios y garantía de orden incluso constitucional, y, **por otra parte**, valorando demasiado el *estatus* jurídico del bien protegido, no nos parece lo más adecuado.

Vivimos una época de inequívoca **expansión del monismo** en contra de una determinada **fossilización del dualismo**, que ha pasado sus mayores momentos de gloria dogmática y servido con relieve al Derecho penal satisfactoriamente bien durante un tiempo en que el desarrollo de la Ciencia jurídica en general no disponía todavía de los mecanismos del conocimiento que dispone, sobre todo, hoy día. Recordando a ROXIN<sup>315</sup> es cierto que **un análisis más específico** demuestra “que en los casos hipotéticos del

---

próprio Estado, do qual não pode seu titular livremente dispor, alienar, dar renunciar. Assim é, por exemplo, com a vida”.

<sup>312</sup> *Comentários ao Código Penal...cit.*, p 140. El original (1): “o consentimento do ofendido exclui a ilicitude nos delitos em que o único titular do bem ou interesse jurídicamente protegido é a pessoa que aquiesce e que pode livremente dele dispor”; (2): “O fundamento dessa causa justificante reside no princípio da ponderação de valores”; (3): “estética, transexual, de esterilização, de transplante de órgãos”.

<sup>313</sup> En sentido contrario, v.g., ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 521).

<sup>314</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 500.

<sup>315</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 524, *in fine*.

consentimiento justificante apenas es realizable, incluso según las premisas de la teoría dualista, una independización del bien jurídico frente a la decisión libre de su portador. También por esa razón se debería renunciar a la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento”.

Se puede emplear un **silogismo** jurídico en ese escenario de divergencias dogmáticas. Me explico: a partir del momento en que se valora adecuadamente la **cuestión existencial del hombre** (*el más importante de todos los elementos de protección constitucional en un Estado de Derecho, además cuando se ubica social y democrático*) y su **personalidad**, reconociendo doctrinariamente, garantiendo legalmente y empleando jurídicamente el relieve que contiene la **base constitucional** del consentimiento (*premisa amplia*), respecto a su derecho-poder (*libertad de acción y decisión de la persona, desarrollo de su personalidad, respeto a la dignidad humana, proporcionalidad en sentido amplio, en fin el interés prioritario del ciudadano en detrimento del interés jurídicamente inadecuado e intervencionista del Estatal en dichas situaciones*<sup>316</sup>, *lo que no significa decisivamente un conflicto o una ponderación de intereses*<sup>317</sup>, *sino el reconocimiento de la voluntad consciente y de la libertad individual superior, la que es de tal modo constitucionalmente asegurada*), **confrontándola** con la **cuestión del bien jurídico**, que bajo dicha pujanza hermenéutico-constitucional reduce dicho bien a la **condición de objeto del hecho** (*sujeto a un natural menoscabo*), alejando la presencia del Derecho penal (*premisa restrictiva*), resulta **atípico** también el consentimiento **en sentido estricto** o con discernimiento razonable (*conclusión silogística*), haciendo prevalecer la teoría del **monismo**.

---

<sup>316</sup> Lógica es la necesidad imprescindible del intervencionismo estatal, sin embargo para los casos de bienes jurídicos indisponibles (bienes públicos, colectivos, la vida, en principio, ciertos tipos de lesiones corporales, etc.), incluso como medio de protección del hombre contra sí propio, y tanto es así que el Estado, a través del legislador, puede legal y legítimamente determinar lo que son y lo que no son bienes jurídicos disponibles, aunque parezca estar (*o efectivamente esté*) alguna que otra vez equivocado acerca del aspecto hermenéutico.

<sup>317</sup> ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp521 y 522) hace referencia a NOLL, que presentó una opinión, después generalizada, en el sentido de que en el consentimiento hay “una ponderación de intereses”, es decir, entre “la libertad individual frente al interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos”, pero desde luego, según el mismo ROXIN, “con ello no se da en el punto de vista decisivo”. Además, siendo el consentimiento en el marco de la perspectiva unificadora un instituto de importancia cultural, interés social, notable utilidad político-criminal y validez y eficacia jurídica, valorando de modo positivo y creciente el bien estar y el desarrollo de la personalidad humana, como un reflejo expresivo de la expectativa y de la afirmación de adecuación y aseguramiento social, hacia la atipicidad de la conducta del autor, entonces de eso, en principio, no resulta un conflicto, sino un equilibrio. Ello tampoco impide que bajo otras perspectivas dogmáticas más restrictivas se pueda estar ante una ponderación.

En lo que a los **planteamientos dualistas** se refiere, y a los que obviamente no me uno, de manera general acerca de los efectos sólo justificantes del *consentimiento* jurídico-penal válido y eficaz, recuerdo a VITAL DE ALMEIDA<sup>318</sup>, cuando señala que “en la geografía democrática, lo bueno es que todo se puede decir, aunque no todo se debe hacer, y siempre que personas se determinen a hacerlo, ni todos deben someterse, alejando su derecho de reflexionar, discordar e incluso rebelarse, en defensa de lo que parece más justo, o absolutamente justo, protegido constitucionalmente”.

### 1.3 LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DIFERENCIADORA<sup>319</sup> DE GÜNTHER JAKOBS. SU PROXIMIDAD CON LA TEORÍA DUALISTA.

La doctrina (*intermedia*) del *consentimiento stricto sensu* repartido, de cuna alemana, donde se ha mejor desarrollado, es **mantenida** principalmente por JAKOBS<sup>320</sup>, aunque sin ocupar espacios de afirmación científica y valorativa en la dogmática penal que se puedan equiparar a las teorías dualista y monista; ésta, en notable crecimiento. La perspectiva de la **doctrina repartidora** plantea argumentos doctrinales que se puede decir con otra estructura intelectual, si los comparamos sobre todo a la menos compleja estructura de la teoría separatista y a la mayor objetividad de la unificadora. Además, se presenta la teoría diferenciadora con una cierta complejidad dogmático-estructural, que parece en cierto modo innecesaria para un tema ya de por sí complejo y satisfactoriamente acogido por las demás teorías jurídicas del *consentimiento*, en el ámbito de la teoría del delito. Actualmente, perseverando junto a otros ilustres juristas alemanes, la posición intermedia que adopta y mantiene esencial y destacadamente JAKOBS (y a lo que también se refiere, p.e., MAURACH/ZIPF<sup>321</sup>, aunque a nivel de breve *inclinación crítica*), comprende el *consentimiento* como causa de **atipicidad** (incluso con

---

<sup>318</sup> VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, en *O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais – Democracia e Soberania Social – “equivocos propositais e verdades contestáveis”*, São Paulo/SP/Brasil, EDIJUR, 2005, p 226 (el original el portugués: “Na geografia democrática, o bom é que tudo se pode dizer, porém nem tudo se deve fazer, e quando parcela se dispõe a fazer, nem todos devem ceder, sem o direito de pensar, discordar, e até rebelar-se, em nome do que se mostra mais justo, ou inteiramente justo, constitucionalmente recepcionado”).

<sup>319</sup> Por todos, POLAINO-ORTS hace referencia a la “doctrina diferenciadora” - *Alegato a favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad...* cit., p 164.

<sup>320</sup> *Verbigracia, vide Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 293 y ss y 522 y ss.

<sup>321</sup> *Derecho penal – Parte general...* cit., p 286.

empleo más amplio al referirse a un consentimiento en el riesgo, contrariamente a cuando se “refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva”<sup>322</sup>) y también como causa de **justificación**.

### 1.3.1 EL ACUERDO SEGÚN JAKOBS.

Bajo una perspectiva inicial, por lo que respecta al **acuerdo**, para JAKOBS<sup>323</sup> “es algo más que un soportar consciente”. Dicho jurista germánico distingue, de un lado, la **existencia** de un “*acuerdo final*” (*la pretensión del titular se refiere al resultado*), y de otro lado, un “*acuerdo no final*” (*el querer es exclusivamente para la acción, no obstante sepa el titular del bien que difícilmente no resultará alguna consecuencia*).

En el **primer grupo** (*acuerdo final*), “es necesario que la persona de cuyo acuerdo se trata <pretenda> las consecuencias del comportamiento”, aunque pueda no quererlas exactamente, es decir, que asuma **conscientemente** las consecuencias de su autorización que sabe que es muy probable que se produzcan, lo que significa “la intención en el tipo subjetivo” (p.e., “*quien está de acuerdo en que se encienda la mecha de un explosivo {violencia}, preservará en ello aunque las consecuencias, de un modo cognoscible por anticipado, le afecten a él mismo..., aun cuando no se quieren las consecuencias*”<sup>324</sup>).

En el **segundo grupo** (*acuerdo no final*), el titular del derecho no pretende ninguna **consecuencia** del comportamiento, “pero sí el comportamiento previsiblemente con consecuencias, o al menos un contacto social que no puede tener lugar evidentemente sin comportamiento con consecuencias” (v.g., “*quien participa de un combate deportivo de boxeo por lo general no quiere los ataques de su adversario, y sin embargo el ataque reglamentario que fuerza a esquivarlo no constituye coacción..., merced al acuerdo en el contacto social de esta clase...*”<sup>325</sup>).

---

<sup>322</sup> JAKOBS, en *Derecho Penal – Parte General...* cit., p 295.

<sup>323</sup> *Idem supra*, p 292.

<sup>324</sup> *Ibidem*.

<sup>325</sup> *Ibidem*.

JAKOBS señala la existencia de **dos motivos distintos** que excluyen el “tipo propio de acuerdo”. Apunta, inicialmente, al “abandono de un bien<sup>326</sup>” por el titular del derecho, fundamentado dicho abandono en una “voluntad digna de respeto”, lo que debe su resultado atípico al “contenido de libre discrecionalidad” que tiene. A continuación, hace referencia a que “se quiere” una situación a la que “pertenece necesariamente el abandono del bien”, concluyendo que en estos presupuestos su “significación práctica” no se ubica en el acuerdo, **sino** en el “consentimiento excluyente del tipo<sup>327</sup>”. Es decir, JAKOBS **reparte** lo que se puede referir como el acuerdo en sus dos rangos, por una parte **manteniendo** su aspecto histórico y terminológico con planteamientos específicamente distintos, y por otra parte, aunque apuntándola también como atípica, se refiere ya a lo que representa una evidente **variación sistemática** de *consentimiento*, sin más referir a acuerdo. Así, se puede deducir que Jakobs trata el acuerdo con discernimiento mínimo (*supuestos del segundo grupo o grado unificador del consentimiento*) como un consentimiento en sentido estricto atípico.

### 1.3.2. EL CONSENTIMIENTO ATÍPICO Y EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE.

Así, para JAKOBS, el *consentimiento* puede actuar en el ámbito de la **tipicidad** o de la **justificación**. Ello depende de la **descripción del tipo penal**, del **circunstancial del caso** y de la **mayor o menor importancia del bien jurídico** protegido y disponible, además de la motivación razonable que debe tener tanto el titular del bien como el autor, es decir, que incluso en un mismo tipo el *consentimiento* puede operar en el ámbito de la tipicidad o de la justificación, “especialmente en las lesiones<sup>328</sup>”, o bien contener **ambas** en su aspecto práctico (*p.ej., en un combate de boxeo las lesiones “insignificantes” son atípicas, mientras otras más graves son justificadas, en cuanto practicadas bajo las reglas del deporte; a excepción radical de la muerte, ya que la vida es un bien indisponible para JAKOBS – incluso, considerando que la sanción “a pesar del*

---

<sup>326</sup> *Ibidem*.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p 293.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p 295. JAKOBS cita a STRATENWERTH, que distingue entre “lo normal (no típico)” y “lo necesitado de aclaración (que está justificado)”, n.p. 173.

ruego<sup>329</sup> {y a pesar de la impunidad del suicidio} sirve para garantizar en general la prohibición de matar”<sup>330</sup>).

El *consentimiento* regido como expresión de la voluntad del titular del bien protegido, que sobre ello **dispone libremente**<sup>331</sup>, es el que actúa con respecto a la atipicidad, destacándose en el marco de la propiedad, del patrimonio, de los bienes personalísimos (*la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia y la integridad física*). **No obstante**, resalta Jakobs que acerca de la integridad física, del honor y de la libertad ambulatoria, el *consentimiento* atípico es eficaz “sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (*p.ej., lesiones leves en prácticas sexuales*), pero no base de ese libre desarrollo<sup>332</sup>”; es decir, “se trata del ámbito de los bienes intercambiables, aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido en general”. En el comportamiento y en el respectivo resultado mediado por el *consentimiento* es excluida la **valoración negativa** del resultado. Son ejemplos de este grupo “El que rapar el pelo o tomar contraceptivos”, “el que cavar un césped o derribar un árbol<sup>333</sup>”, donde la voluntad del titular del bien determinará la atipicidad o aun la tipicidad del comportamiento del autor.

Así, si bien hay que “fundamentarlo de modo más complejo<sup>334</sup>”, el *consentimiento* **justifica** comportamientos humanos, según dicha doctrina intermedia, en el marco de la necesidad de expresarlo con discernimiento satisfactorio. En cualesquiera ocasiones, aunque el *consentimiento* del titular del derecho opere respecto a bienes **disponibles**, como en la fórmula general del dualismo su validez y eficacia en el tercer nivel no alejan el interés penal por completo, manteniendo la tipicidad, no obstante justificándola, a partir del relieve **restrictivo** del “<dominio autónomo>”<sup>335</sup> que le reconocen. Para los juristas diferenciadores, tratándose del *consentimiento* de tercer

---

<sup>329</sup> La cuestión de la eutanasia, sin embargo ya merece decir que JAKOBS reconoce la controversia del tema, incluso desde los juristas alemanes, y cita a favor de la “impunidad del homicidio a petición” a ARMIN KAUFMANN, HOERSTER, SCHMITT (*Ibidem*, p 525, n.p. 8).

<sup>330</sup> *Ibidem*, p 525.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p 294, n.p 165. Enfoca JAKOBS que “En los bienes no disponibles, o no enteramente disponibles, decae el consentimiento eficaz”, citando ejemplo: “No cabe consentir en la conducción bajo la influencia del alcohol en vías públicas” (puesta en peligro abstracta y puesta en peligro concreta de terceros), aunque “dependiendo de la importancia de los bienes puestos en peligro y de la magnitud del peligro”, se pueda consentir válidamente, sólo “en la puesta en peligro concreta de uno mismo”.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p 294.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p 523.

grado, “falta una vulneración de esa autonomía”. Sin embargo, el legislador protege dicha **autonomía** a través de los tipos que le correspondan, y no directamente, ya que la autonomía es una idea suya que solamente se la refiere “objetivada en el suceder típico”, es decir, que el autor del hecho puede realizar un acto típicamente descrito en Ley penal sin que “concurra ninguna vulneración de la autonomía”, cuando media el *consentimiento*.

En el *consentimiento* justificante hay entonces, igual que en el acuerdo, una modalidad “*final*”<sup>336</sup> y otra “*no final*”, según JAKOBS. En la **primera**, el querer del titular del bien (*aún de semejante modo al acuerdo*) de igual modo se destina al resultado, mientras en la **segunda** manifestación se dirige solamente a la “acción lesiva – cognosciblemente con consecuencias”, o a un contacto social que acoge la actividad lesionadora como un “comportamiento no querido”. El último presupuesto de *consentimiento*, de conformidad a JAKOBS, tiene **valoración** bajo su **aspecto práctico**, “sobre todo en la forma del consentimiento en el riesgo” (*cita el autor alemán el ejemplo del individuo que “sube al automóvil conducido por una persona bebida”. Este individuo que quiere la acción sin un resultado negativo posterior, aunque dicho contacto social implique la posibilidad {riesgo} de un suceso indeseable, como característica suya; es lo mismo que la hipótesis del ciudadano que, para no retrasar su llegada a determinado sitio para una cita sentimental, vuela en compañía de un piloto no habilitado todavía*).

JAKOBS plantea que en los casos de *consentimiento* justificante hay situaciones en las que dicha autorización **no se expresa** como una manera de **desarrollo de la personalidad**: son los presupuestos en los que dicho bien lesionado no “tiene función de intercambio”<sup>337</sup>. Aunque admitiendo en este contexto la existencia de **excepciones** como medio de desarrollo de la personalidad del titular del bien, la importancia del bien jurídico disponible en el ámbito del escenario real para dicha excepcionalidad se constituye otro aspecto de fundamental valoración diferenciadora, ya que considera la permanencia de una lesión en dicho marco justificante. Cita como **ejemplo**: “La extirpación de un riñón por parte de un médico para realizar un trasplante, a pesar del consentimiento del donante, se distingue de una mera donación de sangre en

---

<sup>335</sup> *Ibidem*, p 295.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p 530.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p 295.



que, debido a la importancia del bien, sólo cabe fundamentar una disposición sobre éste en una situación excepcional (contexto)<sup>338</sup>.

A pesar del menoscabo al objeto, pueden operar excepciones, como cuando el trasplante se destina a **salvar la vida de un propio hijo**. Si la donación de sangre es permutada por dinero con intento de drogarse el titular del bien, la repartición se inclina a no aceptar al *consentimiento*, ni siquiera justificante, como válido y eficaz, a causa de la falta de un motivo razonable del donante dentro del marco de lo que es genéricamente esperado en los contactos sociales. ¿Y si la donación de sangre es cambiada por dinero para costear el **donante gastos** en una **fiesta de amigos**? Como mantiene Jakobs, se deduce una vez más que el *consentimiento* en dichas condiciones implica un efecto atípico o justificante, a “decidirse de modo distinto”, también de conformidad a la configuración y particularidades del hecho que se analiza.

El límite (“*indeterminado con arreglo en la teoría de los intereses*”<sup>339</sup>) que se puede imponer al *consentimiento* justificante a través de la **teoría de la ponderación** (*a la que se inclina JAKOBS*<sup>340</sup>), no lo acepta dicho autor que sea entre “libertad de disposición y existencia de los bienes”. Propone, para la validez y eficacia del *consentimiento* justificante, la necesidad, tanto para consentir (*libertad de disposición*) como, además, para actuar el autor, de “un empleo racional de tales bienes<sup>341</sup>”, disponibles a dicho *consentimiento*. Considera que, **contrariamente** a lo que sucede con una autolesión, que es naturalmente atípica, “la lesión a otro es siempre, genuinamente, relación social” y esto implica poder alterar lo que nombra “expectativas generales referidas al contenido de tales relaciones si el lesionado en concreto se aparta del estándar general y consiente”. Ello no es óbice para una reducción del injusto en dichos presupuestos, cuando el *consentimiento* no alcanza su validez y eficacia plena para justificar. Además, dependiendo del contexto amplio, aún así **puede tornarse atípico** el comportamiento.

---

<sup>338</sup> *Ibidem*.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p 524.

<sup>340</sup> Ejemplo en ese sentido: “En caso de cesión de la vida, o bien de ambas piernas, de una persona para un experimento, la muerte o las lesiones no se ven justificadas por el consentimiento, sin consideración a las oportunidades que abra el experimento; la expectativa de que tales lesiones gravísimas son inadmisibles se asegura tan enérgicamente que ni siquiera se la puede poner en tela de juicio debatiendo sus límites” (*Ibidem*, p 525).

Todavía, recuerda el maestro alemán que en el **marco del riesgo**, el *consentimiento* atípico (*que no es el justificante*) es más amplio que en el ámbito de la certeza de que “se producirá la consecuencia lesiva<sup>342</sup>”, ya que “en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por lo demás no son medios para el libre desarrollo”. JAKOBS considera que, bajo dicha perspectiva, es congruente la exclusión de la tipicidad “por riesgo permitido<sup>343</sup> y por consentimiento”. La participación en **deportes**, a los que denomina “moderadamente arriesgados” (*ciclismo, hípica, balonmano, esquí, baseball, montañismo, etc.*), cuando las lesiones provienen de los propios participantes, son entonces algunos ejemplos.

### 1.3.3. A MANERA DE REFLEXIÓN PERSONAL.

Se puede observar que los planteamientos heterogéneos de la doctrina de la repartición del *consentimiento stricto sensu*<sup>344</sup> son tanto **contestados** de modo propio, como **sustituidos** con equilibrio jurídico y, alguna que otra vez, incluso **acogidos** de cierta manera por la perspectiva del monismo (*lo que se podrá constatar mejor cuando me detenga a continuación en dicho tema, estudiándolo con más detalles*).

Además, el *consentimiento unitario* es concebido y desarrollado de manera más metodológica y efectivamente sencilla, pese a la gran importancia de la **doctrina de la repartición** defendida por JAKOBS para la investigación y el fortalecimiento del instituto del *consentimiento*, como una creciente realidad jurídica en el ámbito de la teoría del delito.

---

<sup>341</sup> *Ibidem*, pp 524 y 525.

<sup>342</sup> *Ibidem*.

<sup>343</sup> La cuestión del riesgo permitido y de la ausencia de imputación objetiva como causa de atipicidad, y no de justificación, es tratada con más detalles, v.g., por JAKOBS en *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción por Manuel CANCIO MELIÁ), Primera Reimpresión, México, D.F., Marzo de 2002, pp 37, 38 y ss; el mismo JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General...* cit, pp 245, 246 y ss; WOLFGANG FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid/España, Colex, 1995, p 87; MARIO MAGARIÑOS, *Teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires/Argentina, Depalma, 1989, n° 45/48, p 664; LÓPEZ DÍAS, Claudia, en *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá/Col., Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho – Universidad Externado de Colombia, 1996, pp 102 y 103; DAMÁSIO DE JESUS, E., *Imputação Objetiva – 2ª edição*, São Paulo/Brasil, Saraiva, 2002, pp 70 y ss.

<sup>344</sup> Igualmente del dualismo.

**Por todo**, si “los esquemas de solución históricos<sup>345</sup>”, todavía “no han conseguido hasta ahora ponerse de acuerdo” respecto al *consentimiento*, es comprensible pensar que tampoco lo harán sólo por la influencia de la teoría de la repartición.

#### **1.4 EL CONSENTIMIENTO EXCEPCIONAL COMO ATENUANTE DEL POTENCIAL DE INJUSTO PENAL Y SU CONSECUENTE EFECTO REDUCTOR Y FORMAL EN EL ÁMBITO DE LA PUNICIÓN.**

Me parece oportuno manifestar (*y reiterar*) la perspectiva jurídica actual acerca de la **dificultad** que tienen la **doctrina**, en general, y la **jurisprudencia**, en especial, en moverse bajo un planteamiento dogmático común respecto de cuáles son todos los bienes jurídicos efectivamente disponibles al *consentimiento*, los bienes sujetos a disponibilidad y los bienes sobre los cuales está vedado disponer a su titular (*en cuanto a éstos hay categorías pacíficas – los bienes públicos, v.g.*). Mientras tanto, **los bienes sujetos a disponibilidad**, parcial o total (*la integridad física y la salud, verbigracia*), son una categoría aparte, destacadamente compleja en ese marco, donde opera también el **consentimiento inhibitor de parcela del injusto penal**, con un resultado práctico que solamente es capaz para disminuir el contexto reprochable de la conducta infractora en el ámbito de la pena.

Como motivo de **corriente investigadora** más pujante en este tema, se puede decir que la descripción del tipo penal hecha por el legislador, confrontada a las peculiaridades heterogéneas del caso real, y a menudo de conformidad a los desarrollos dogmático-críticos (*a su vez según variaciones de carácter cultural, social y político con imprescindible garantía jurídica dentro del sistema*), puede sosegar un poco este escenario científico tan delicado y lleno de variadas posibilidades, que incluso aumentan permanentemente debido a la capacidad de creación de la mente humana y, especialmente, de la mente del jurista. **En resumen**, estudiar el *consentimiento* no es posible bajo la imposición de reglas generales, rigurosas y poco o nada flexibles, sino a través de la relatividad de los casos reales, que crean nuevos escenarios jurídicos que desafían la imaginación de la labor científico-penal.

---

<sup>345</sup> JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 523, *in fine*.

Tratar de un *consentimiento* con efecto sólo atenuante (es decir, no de la extinción del potencial típico, tampoco antijurídico, sino de la atenuación del injusto penal), a partir de la propia redacción del tipo respectivo, conlleva la necesidad de **disminuir proporcionalmente la sanción penal**, como mecanismo básico para el legislador de efectiva realización de justicia. Por tanto, se fija el análisis de esta variación de *consentimiento* (incluso la que es un poco rara si la analizamos dentro del ventajoso contexto dogmático de la atipicidad), es decir, **excepcional**, en el marco tanto de la teoría del delito como de las consecuencias jurídicas de la infracción penal, **ya que tiene un efecto sobre la pena muy distinguido**, y en el último caso evidencia una consecuencia lógica de política-criminal con relieve sistemático y humanitario, a partir del respeto y sumisión que deben tener, sobre todo los juristas, a los principios de legalidad (o *reserva legal*) y de proporcionalidad, aunque sin apartarse de la libertad edificante de la crítica responsable dentro del marco del sistema jurídico.

Sobre este tema, desde luego se debe mencionar, v.g., el estudio de MARTÍNEZ RUIZ<sup>346</sup> (quien incluso aparenta discretamente inclinarse a la teoría monista, a través de una determinada perspectiva conciliatoria de la teoría de la imputación objetiva), el que, refiriéndose directamente el art. 155 del CPE, analiza dicha modalidad disimulada de *consentimiento* bajo consideraciones críticas. Dicho autor **considera** que (y lo hace muy claramente) ese *consentimiento* sólo formalmente ineficaz, desde el referido artículo 155 de la *lex* penal de España, **debe carecer** “absolutamente de eficacia jurídica” y así resultando “discutible la necesidad y la conveniencia político-criminal de atenuar la pena” del delito respectivo.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>347</sup> (seguidores de la teoría dualista) **se refieren** a la expresión del *consentimiento* reductor del injusto penal (de igual modo deteniéndose en el art. 155 del CPE) como un **instrumento jurídico** para “negarle eficacia eximente en las lesiones y darle, todo lo más, un efecto atenuatorio de la pena”.

---

<sup>346</sup> MARTÍNEZ RUIZ, Jesús – ‘Los Delitos de Lesiones’ – Colección Estudios Penales (Director: Carlos Aránguez Sánchez), Primera edición, junio de 2002, pp 25, 26 y 27.

<sup>347</sup> Derecho Penal – Parte General... cit., p 344.

A su vez, BERDUGO y otros<sup>348</sup>, en sentido general, **aluden** a que el CPE “no reconoce virtualidad justificante al consentimiento en todo delito de lesiones, limitándose el artículo 156 a permitir la práctica de ciertas intervenciones, como la cirugía transexual, los trasplantes y la esterilización”. **Además**, recuerdan dichos autores españoles que al “margen de los supuestos” del art. 156, “el consentimiento de la víctima no libra de pena al autor de las lesiones, sino que sólo la atenúa. Luego, desde la perspectiva del legislador, esta circunstancia dista de justificar los atentados a la salud<sup>349</sup>”. Sin embargo, desde ya es importante **reiterar**, como añaden BERDUGO y otros, que “el consentimiento juega un papel de mayor alcance”, además de lo que está escrito en el art. 155, “vinculándose su ejercicio a toda una serie de bienes jurídicos personales, entre los que cabe destacar” tanto la “libertad (coacciones)” como la “libertad sexual<sup>350</sup>”.

Para QUINTERO OLIVARES<sup>351</sup>, el *consentimiento* en general **no contiene** capacidad jurídica para “reconducir ni su naturaleza ni sus efectos a una sola valoración”. Así, en cuanto en determinados casos el *consentimiento* “de la víctima, o del supuesto perjudicado, justifica la acción, o la excluye sin más del Derecho penal”, en otros **simplemente** “*reduce el injusto*; o bien *disculpa* parcialmente la conducta, con lo que se bascula entre dos naturalezas”. Concluye el autor español que las consecuencias del *consentimiento* pueden ser “la absolución, la aplicación de un tipo de delito que comporte menor pena, o bien puede ser totalmente irrelevante en orden a la reacción represiva<sup>352</sup>”.

COBO/VIVES<sup>353</sup> consideran al *consentimiento* como **reductor del injusto**, y aun bajo un prisma naturalmente dogmático-separatista, aluden que dicho instituto jurídico hoy por hoy “tiene una virtualidad tan sólo atenuante de la pena, no pudiendo ser considerado, en modo alguno, como causa de justificación”. Partiendo de la redacción del art. 155 del Código penal de España (*la que, sobre todo, ha suscitado reiterados debates jurídicos*), la “lesión será típica y antijurídica, aun cuando medie consentimiento de la víctima, pero **la pena se rebajará** de uno a dos grados”, aunque la “dicción” de dicho precepto, “por cierto, dista mucho de la concisión y elegancia exigibles<sup>354</sup>”.

---

<sup>348</sup> *Lecciones de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 239.

<sup>349</sup> *Idem supra*.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 479.

<sup>352</sup> *Idem supra*.

<sup>353</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 496.

<sup>354</sup> *Idem supra*.

Es cierto que no hay **propriadamente** un *consentimiento* en su amplitud dogmática (*parece más un préstamo gramatical común*) en lo que se refiere a dicha modalidad **atenuante** del injusto penal, a causa lógica de la ausencia de su fundamental efecto excluyente del tipo (*o de dicho injusto para los separatistas*), motivado incluso por el tipo de contexto penal-formal (*ello se agrava con los hechos reales*) en que se analiza y considera la capacidad del titular del derecho de consentir ante dichos bienes jurídicamente protegidos, y de partida su propia referencia nominal complementar (*atenuante del injusto penal*) lo denuncia. El **derecho-poder** del titular del bien para consentir en su amplitud, una vez sea válido y eficaz, actúa **directamente** en el ámbito de la tipicidad, **alejando** el interés penal desde luego, con algunas excepciones justificantes, pero jamás exculpantes y tampoco impunes, total ni parcialmente. Dicho *consentimiento* (*atípico*) expresa entonces una estructura sólida y cerrada sin acogimiento de esa modalidad especial, manteniendo sus características fundamentales distintas, incluso como modo de preservarse y desarrollarse dogmáticamente sin defectos.

Así, esa especie de *consentimiento* estudiada en este apartado, aunque tenga su propio y relevante valor jurídico, es también equivocada en su sentido terminológico más sencillo, a causa de su **excepcionalidad ante el contexto** general en que se le ha ubicado, por lo que resulta jurídicamente más apropiado entenderla siempre como una modalidad rara de autorizar o consentir, es decir, más precisamente como un *consentimiento* **excepcional**, que de hecho actúa más efectivamente y de manera objetiva como reductor de la pena del tipo formal a que está vinculado, lo que parte de un determinado alejamiento estructural del injusto, a causa de factores, sobre todo endógenos, que se hacen exteriorizar a partir del comportamiento del sujeto que consiente.

En dichas **modalidades delictivas**, aunque atenuándolas, el legislador **mantiene** el comportamiento elemental del autor a nivel de tipicidad (*adecuación jurídico-formal y social a la expectativa de la descripción del tipo*), como también **sostiene** la subsiguiente antijuridicidad genéricamente (*la actividad humana adversa al derecho penal, el cual, contrariamente, espera y exige que el Ordenamiento punitivo sea respetado*), **aunque** reduzca su potencial, lo que implica que no se puede negar la permanencia de aquel primer elemento del delito ni tampoco del injusto, aunque

minimizado éste, en dichos presupuestos legales, lo se vincula por un sector de la doctrina a una especie resistente del principio de la indisponibilidad de la persona, **no siempre** política ni jurídicamente adecuada. En este último caso toma relieve la **necesidad** de imponerse el reconocimiento en general de la libertad de acción del hombre como afirmación de su propia personalidad y dignidad, lo que es una garantía de jerarquía y supremacía constitucional, a partir de una interpretación liberal-democrática y, en fin, teleológica.

A su vez, en **condiciones normales** la culpabilidad (*imputabilidad personal*)<sup>355</sup> cumple su ruta legal en dicho **consentimiento excepcional**, a menudo incólume con respecto a su esencia jurídica, preservando sus elementos integrantes de la “capacidad de culpabilidad<sup>356</sup>” o “imputabilidad<sup>357</sup>” (*el autor dispone de sus capacidades intelectual y volitiva, formal y jurídicamente*), del “conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido<sup>358</sup>” (*el autor sabe que su comportamiento está contra al Derecho, aunque también pueda saber que tendrá una reducción en la sanción*) y de la “exigibilidad de conducta adecuada a Derecho<sup>359</sup>” (*esto sufre alguna disminución, aunque solamente acerca del tipo-base, lo que hace que permanezca la exigibilidad de otra conducta que esté de conformidad al ordenamiento jurídico-penal*). **Ejemplo:** el titular del bien jurídico autoriza a que el autor le acometa con una lesión física (*bien jurídico relativamente disponible – art. 155 del CPE*) suficiente, pero jurídicamente considerable, para alejarlo de una prueba o servicio a que simplemente teme enfrentar<sup>360</sup>. Así, reiteramos que, **mantenida la tipicidad**, es posible defender la sola reducción cualitativa/cuantitativa del

---

<sup>355</sup> “... requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una **infracción personal de la norma primaria** por parte de un **sujeto penalmente responsable**” (MIR PUIG, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 147, por ejemplo); “... el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico” (COBO/VIVES, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p536.); es la “capacidad de responder de los propios actos sobre la base de la capacidad de comprender, y actuar en consecuencia, el significado del acto ilícito (el delito) no evitado” (CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 912).

<sup>356</sup> Vide, v.g., a JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General...cit.*, pp 466 y ss.

<sup>357</sup> Vide, por ej., a COBO/VIVES, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 567.

<sup>358</sup> Vide, v.g., a MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 366 y 367.

<sup>359</sup> Vide, por ejemplo, a QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 415 y ss.

<sup>360</sup> En Derecho penal de Brasil no hay idéntica previsión respecto a las lesiones como en el Derecho penal de España, aunque se pueda acudir, siempre dependiendo del caso real, a la causa de disminución de pena específica del § 4º, 1ª parte, del art. 129 del CPB (relieve social o moral), lo que precede en importancia jurídica y en cuanto al potencial reductor de sanción a la mera atenuación expresada en el art. 65, III, a del mismo CP, que contiene idéntica redacción para presupuestos en general. Aún cuando no sea posible para el jurista recurrir técnicamente a dichos presupuestos, tampoco es imposible que se pueda aplicar en algunos casos al art. 66 (*circunstancia para atenuación general*).

segundo de los elementos cronológicos integrantes de la teoría jurídica del delito, con algunos reflejos en su tercer elemento, pero no alejar cualquiera de ellos del ámbito jurídico analizado. Por tanto, están presentes la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en el grupo de casos positivo-formales investigados en este apartado.

Es importante **destacar** que, no obstante se mantengan contenidos en el marco del *consentimiento excepcional* la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, dicho supuesto es una hipótesis muy distinguida y efectiva de **disminución de punibilidad** subsiguiente, a partir de la fragilidad del *injusto (como de hecho se la debe clasificar)* y que aunque no estuviera integrando aquellos tipos específicos (*art. 145, art. 155 del CPE; art. 124 del CPB, p.e.*), debía dicha modalidad de *consentimiento* ser utilizada como circunstancia genérica atenuante de la pena, a partir del art. 21.6ª del CPE<sup>361</sup> (*“cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores” – me refiero a la analogía atenuante, es decir, in bonam partem, la que es social y políticamente consagrada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia democrática, liberal y humanitaria*), consideradas las variaciones reales del hecho. Ello invita a **reflexionar** acerca de la **necesidad jurídica** y del **valor** del contenido **político-criminal** de referencias directas, a ejemplo del art. 155 del CPE. En dichos supuestos, aunque respecto a bienes jurídicos legalmente **indisponibles**, total o parcialmente, pero personales, el *consentimiento excepcional*, bajo razones satisfactorias mínimas del titular, sobre todo, **no puede resultar enteramente desconsiderado** en este ámbito de las relaciones humanas (*jurídico-sociales y políticas*).

Además de preservarse la relación entre el bien jurídico y su titular, ese *consentimiento* constituye una manifestación de importancia existencial de la persona y del valor que le reserva la pujanza y el significado de **unidad** del ordenamiento jurídico, que debe asegurar el bienestar del individuo, según las conveniencias personales, **aunque (lo recuerdo)** sin dejar de intervenir el Estado democrático-constitucional siempre que la persona se torne (*o pueda tornarse*) una concreta amenaza contra sí misma o contra terceros. Con respecto a la necesidad de proteger a la persona (*e incluso terceros*)

---

<sup>361</sup> Art. 66 del CPB: “La pena podrá ser atenuada todavía, a causa de circunstancia relevante, anterior o posterior al delito, aunque no esté expresamente prevista en la ley”; el original: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.



contra sus propios actos, es oportuno, *verbigracia*, citar a STEPHEN HOLMES<sup>362</sup>, al tratar del principio de **prohibición de auto-esclavización**, cuando refiere que el “principio mismo de voluntariedad exige privarse de ciertas opciones. Característicamente, las constituciones modernas prohíben a uno venderse a sí mismo para convertirse en esclavo”. Añade HOLMES<sup>363</sup>, enfocando a STUART MILL, que acerca del poder de auto-esclavizarse el “principio de libertad no puede requerir que sea libre de no ser libre”, es decir, que ya no “es libertad estar autorizado a alienar su libertad”. En conclusión, se trata dicha restricción de otra forma básica de **constitucionalismo** protector del **Derecho fundamental**, pues “no se puede acceder voluntariamente a ceder voluntariamente el derecho de acceder<sup>364</sup>”.

Las posibilidades de mediación del *consentimiento* en el ámbito de la Ciencia punitiva, aunque en su modalidad excepcional, son pues **muy amplias** y **complejas**. Así, el propio principio del *favor rei*<sup>365</sup> y la expresión de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido en el asentimiento de tercer grado, **deben ser considerados y valorados**, y tampoco es político-criminalmente adecuado que se rechacen sin una motivación jurídica que efectivamente deba alejar dicho cuadro de excepcionalidad en beneficio del autor y, a menudo, del propio titular del bien, lo que ha consentido bajo su discernimiento satisfactorio, **expresando su libre voluntad como persona**.

Sin embargo, dicho *consentimiento* puede contrariar a todas y cualesquiera expectativas sociales y legales positivas, tornándole un **mecanismo de evidente** lesión o peligrosa amenaza a la sociedad (*p.e., uno de la banda que vende un órgano del cuerpo a un tercero consciente de las intenciones del titular del bien, para obtener dinero y patrocinar un atentado terrorista*), invalidándolo por completo.

---

<sup>362</sup> *El precompromiso y la paradoja de la democracia... cit.*, p 25 de 26.

<sup>363</sup> *Idem supra*.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> El principio “favorable al reo” (es decir, con respecto al autor en el caso de consentimiento en general), sobre todo en un Estado de Derecho, social y democrático, significa la existencia efectiva de un conjunto lógico de mecanismos legales y beneplácitos de reconocido valor constitucional, característicamente disponibles y utilizados en favor del sujeto, el cual normalmente incluso representa la parte menos influyente en el proceso y en el ámbito de la imputación penal. El *favor rei* aparece en varios de institutos jurídicos en el ámbito de las garantías individuales del hombre: el *habeas corpus*, el principio de presunción de inocencia, el derecho al silencio del *reo* (que no puede ser asociado a un indicio de culpabilidad siquiera), la manifestación de la defensa siempre tras la acusación, el propio *en dubio pro reo*, etc. (sobre ese tema *vide*, *p.e.*, a VITAL

Respecto al **principio de proporcionalidad**, debemos referirnos a AGUADO CORREA<sup>366</sup>, que, considerando el aspecto efectivamente funcional que contiene dicho principio en el marco de la Ciencia punitiva, recuerda su importancia ante la **tipicidad**, la **antijuridicidad** “y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica”, con la incumbencia estructural de impedir cualesquiera excesos penales tanto de orden legislativo como sancionador práctico-aplicativo, y además ejecutor de la pena. Así, refiere la autora española que se trata la proporcionalidad de un valioso instrumento socio-jurídico, democrático y humanitario, que actúa desde “el momento de creación del Derecho por los legisladores” y se **distiende** “en el de su aplicación por los Jueces o Tribunales e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria”, aunque no sea un principio “recogido expresamente en la Constitución Española ni en el Código Penal<sup>367</sup>”.

Aunque no esté referido directa y expresamente, el principio de proporcionalidad en Derecho penal, además de estar seguramente contenido tanto en la Constitución de España<sup>368</sup> como en su CP<sup>369</sup> por la **unidad, lógica y eficacia del sistema**, siempre que se refieran dichos Textos a las penas (*su cualidad y cantidad*), a los delitos, a las faltas, al respeto a la dignidad humana, a libertad de acción, a la defensa de los intereses sociales, etc., es una consecuencia estructural elemental e inseparable de todo y cualquier Estado social y democrático de Derecho<sup>370</sup>, como una exigencia valorativa a su propia supervivencia.

---

DE ALMEIDA, en *O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais – Soberania e democracia social – “equivocos propositais e verdades contestáveis”... cit.*, pp 87 y ss.

<sup>366</sup> *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal... cit.*, p 114.

<sup>367</sup> *Idem supra*, p 163.

<sup>368</sup> Véase el art. 25.

<sup>369</sup> Véanse, por ej., los arts. 61 y ss.

<sup>370</sup> En Brasil, igual que en España, no hay dicha referencia expresa y tampoco hace falta respecto al Derecho penal o cualquiera otra rama jurídica. No obstante, existe una coherente y lógica reivindicación de los constitucionalistas liberales (sobre todo) de Brasil, de un hogar más específico en la CFB para la proporcionalidad, es decir, en el par. 2º del art. 5º Título II – De los Derechos y Garantías Fundamentales): “Los derechos y las garantías que expresa ésta Constitución no excluyen otros que resulten del régimen y de los principios en ella contenidos...”. El original: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”. Con cierta brevedad sobre la expansión constitucional del principio de proporcionalidad, también hacia el Derecho penal, *vide*, por ejemplo, a VITAL DE ALMEIDA (*O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais – Soberania e democracia social – “equivocos propositais e verdades contestáveis”... cit.*, pp 100 y ss).

SÁINZ CANTERO<sup>371</sup>, reconociendo el relieve del principio de **proporcionalidad** como instrumento jurídico de **límite** “fundamental del *ius puniendi*”, en el marco y como consecuencia del “Estado democrático de Derecho”, enfoca que tanto “la gravedad de la pena” como “de la medida de seguridad” deben ser compatibles “con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente”. Respecto a la **gravedad del hecho**, para conocerla se considera el daño producido en la sociedad a causa del “contenido del injusto”. Alerta el maestro granadino que la importancia de la proporcionalidad se produce sobre todo en orden a no permitir la conminación de penas graves contra “hechos de escasa gravedad<sup>372</sup>”.

Este principio constitucional<sup>373</sup> de **prohibición de excesos**, a la vez general y específico, aun debe corresponder a una firme respuesta jurídica del sistema a la intensidad de la acción delictiva, siempre que sea el caso. Es decir, que es normalmente oportuno recordar que en cualquier ámbito criminal la pena no debe (*formal, humana y éticamente no puede*) ultrapasar la medida de la culpabilidad (*o, también, de la peligrosidad en los casos de medida de seguridad*), como afirmación de legalidad, **proporcionalidad** y garantía. No obstante, bajo este prisma, debe corresponder dicha sanción a la gravedad de la lesión, según la más grande o más pequeña intensidad del injusto, directamente en aquellos casos donde se haga necesario el principio de proporcionalidad como instrumento de **prevención especial y general**, expresando de este modo su tez como relevante instrumento jurídico-constitucional de defensa social, lo que, verificados y siempre mantenidos los Derechos fundamentales procesales de ambas partes en un mismo nivel, debe estar formal y materialmente, además de los intereses reprochables de los criminales, cuando se confronten con los sociales.

#### 1.4.1 LA DOCTRINA DE LOS GRADOS DE INJUSTO.

Bajo la perspectiva positiva-formal de cualquier país democrático con respecto a su Derecho penal, dicho **consentimiento irregular** dentro del sistema jurídico, expresamente manteniendo la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta humana,

---

<sup>371</sup> SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 42.

<sup>372</sup> *Idem supra*, p 43.

<sup>373</sup> Respecto a ese importante tema, *vide*, p.ej., también a COBO/VIVES, *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 81, 82 y ss.

**reduciendo la incidencia de ésta** y consecuentemente **disminuyendo la culpabilidad y cantidad de pena**, a causa de los efectos legítimos del acto de consentir de la persona capaz en el ámbito jurídico, hace posible considerar en este contexto dogmático, por elección amplia también, la “*teoría de los grados del injusto*”, laborada en la doctrina de Alemania desde la perspectiva de KERN, a lo que se refiere, por todos, HANS GÜNTHER<sup>374</sup>. Además de su propia terminología, se deduce sin gran esfuerzo mental que dicha doctrina expresa una **gradación del injusto** dentro del **marco de la justificación**. Así, en la medida que se van sumando elementos de ablandamiento del injusto penal en el ámbito del presupuesto *sub analysis*, aunque no se lo justifique plenamente, no se puede imponer un **tratamiento penal similar ni igual (sobre todo sancionador) al de un injusto pleno**, ya que dichos factores reducen lógicamente dicho injusto hacia el justo.

Conviene decir que GÜNTHER **discrepa** de la posición doctrinal **dominante**, que señala que dicho “fenómeno” apenas suele ocurrir “dentro del marco de la *medición de la pena o de las posibilidades procesales de restringir la persecución penal, y que*” otro “sector considera las disminuciones del injusto en el ámbito de la *culpabilidad*”. Sin embargo, prosigue GÜNTHER que dicho ablandamiento “se trata de la cuestión del *injusto jurídicopenalmente relevante* y por ello necesariamente debe y también puede resolverse en el ámbito de los elementos del delito referidos al injusto”, pues que se destinan “en caracterizar la conducta jurídicopenalmente relevante, merecedora de pena y de una elevada reprobación<sup>375</sup>”. Dicha doctrina plantea incluso la admisión dogmática de la posibilidad de una **justificación plena**, como si fuera una especie de manifestación muy determinada del principio del *favor rei*, a través de la consideración de una gran **insignificancia del injusto**, siempre que resulten extremadamente dominantes los elementos contenidos en el caso real en beneficio del autor, y como es obvio contrariamente a dicho injusto.

Mientras tanto, la **doctrina de la gradación** no se confunde en absoluto con la **teoría de la insignificancia del crimen** (*que acoge al comportamiento humano respectivo como un hecho socialmente admisible, aunque no deseable*) y tampoco del **delito de bagatela** (*que sólo tolera al comportamiento humano a causa de sus pequeños*

---

<sup>374</sup> GÜNTHER, Hans-Ludwig, ‘*La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*’ en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... cit.*, pp 58 y 59 y n.p 24 (“Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64, pags. 255 y ss”).

<sup>375</sup> *Idem supra*.

efectos lesionadores). Desde luego, no hay una tan expresiva y práctica fundamentación dogmática al punto de distinguir con tranquilidad sistemática las dos últimas teorías<sup>376</sup> sin una expansión estructural innecesaria – *éstas, unificándolas o no, también no adecuan*<sup>377</sup> *el comportamiento del autor socio-jurídicamente, en fin, para excluir el interés penal desde la tipicidad*. La conducta del agente es entonces, apenas **soportada** social y jurídicamente en su **insignificancia**, pero no por la ausencia de algunos o varios elementos integrantes del injusto considerados de cierto modo axiológico por sí solos (*el caso de dicha doctrina de gradación*), sino principalmente por la insignificante o demasiada pequeña lesión efectivamente resultante al bien jurídicamente protegido. Es decir, p.e., que a través de la **doctrina de los grados del injusto** es posible que un homicidio con las condiciones típicas elementales del art. 138 del CPE<sup>378</sup> resulte penalmente atenuado en su injusto o aun justificado, pero jamás a través de la insignificancia o todavía menos de la bagatela, cuando a éstos se pretende insistir en diferenciarlos.

De esta teoría, resulta que una conducta normalmente contraria a derecho se acerca a él, **por lo que no merece** una “elevada reprobación” o, en casos extremos, incluso **ningún reproche**. Y de todo ello, igualmente es deducible que la expresión del **consentimiento excepcional**, por cuanto no se lo considere en el ámbito de la atipicidad (*alejándose de los postulados estructurales de la teoría monista*), es un factor de

---

<sup>376</sup> Ello acaece fundamentalmente a causa de una gradación material lesionadora del bien jurídico, lo que constituye algo perfectamente acogido bajo un sólo instituto (es decir, insignificancia o bagatela), incluso evitando discusiones teóricas sin ventajas prácticas.

<sup>377</sup> La teoría de la “adecuación social” se impone en el marco dogmático de la teoría jurídica del delito de manera todavía más pujante que la “insignificancia” y su congénere “bagatela”. Aquélla, desarrollada por WELZEL, Hans (Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 – 1939), surgió como una teoría hacia la individualización de la causalidad, aunque tenga hoy en día un sentido patente como teoría de imputación. Al tema de la adecuación social me refiero con algunos otros detalles al final de este Capítulo II. No obstante, la conducta socialmente adecuada indulta el comportamiento del autor dentro de la propia descripción del tipo, impidiendo su perfeccionamiento hacia la antijuridicidad, alejando cualquier interés penal con el aval político y social-jurídico. Las dos restantes (insignificancia y tolerancia), a su vez, interfieren en el marco de la antijuridicidad material, ya que no hay una adecuación, sino una admisibilidad o una tolerancia del comportamiento, lo que son términos gramática y técnicamente distintos en sus significados e implicaciones. Acerca del tema, p.e., no en todo según la perspectiva que adopto, vide a LUZÓN PEÑA (*Causas de atipicidad y causas de justificación en Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal... cit.*, pp 28/30), a CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 512 y 513), a MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, sobre todo pp 516 y ss), a ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 292 y ss), a ARIEL DOTTI (*Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 68), a MOURA TELES, que además de varios otros autores brasileños utiliza con propiedad la expresión principio de insignificancia como sinónimo de principio de bagatela, aunque sean distintos de “criminalidad de bagatela”, ésta referida por la CFB en el art. 98, I y definida en la Ley 9.099/1995, como los delitos y las faltas sancionados con pena máxima hasta un año (*Direito Penal – Parte Geral – I... cit.*, pp 238 y ss).

gradación inferior del injusto penal, con resultado punitivo necesariamente más blando (o *menos riguroso*).

En síntesis, el simple acto de consentir no implica validez y eficacia **atípicas** sin un amplio y seguro análisis formal-positivo y jurídico-contextual del caso.

Así, en principio dichos *consentimientos* sin validez y eficacia formal respecto al alejamiento de la tipicidad de la conducta del autor, son posibles de propiciar **al menos una motivación atenuante** (*si no una disminución*) **de la sanción**, es decir, en la medida que su libre ejercicio esté debidamente garantizado por condiciones jurídicas satisfactorias y de alguna conformidad con el tipo y las circunstancias en las que consiente el titular del bien jurídico protegido, aunque dicho bien no sea disponible (o *enteramente disponible en aquella parte consentida*), además de no tratarse de un bien de uso colectivo de carácter público y tampoco de un absolutamente bien público. **Ejemplos:** una chica de 12 años que, aparentando físicamente y de cierto modo informando tener 17, consiente en yacer con un hombre de 25 años, que no se preocupó con diligencia en enterarse de la edad real de la joven, asumiendo las consecuencias de su acto<sup>379</sup>. Debe haber siempre una ponderación de **igualdad real**, por donde también se expresa la **proporcionalidad** en dichas situaciones, incluso como una forma muy concreta de afirmación de **justicia**.

#### 1.4.2 EL CONSENTIMIENTO EXCEPCIONAL FUERA Y DENTRO DEL ÁMBITO DE LAS FALTAS.

Un **auténtico** Estado de Derecho, **más aún** cuando su **fórmula política** implica una democracia social<sup>380</sup>, resulta estructuralmente un puerto seguro para el reconocimiento y garantía de los **Derechos fundamentales**, donde la interpretación legislativa tanto debe elegir el bienestar general del ciudadano (*y de la ciudadanía, por supuesto, incluso como meta primordial*) como debe asumir la **expansión** imprescindible y racional de dichos derechos. Ello significa la expresión de un Estado **progresista**,

---

<sup>378</sup> § 212.I del StGB alemán; art. 121, *caput*, del CPB.

<sup>379</sup> Arts. 181.1.2 y 182 del CPE.

<sup>380</sup> España, Preámbulo y art. 1.1; Brasil, Preámbulo y arts. 1º/5º.

aunque sin que ello impida al legislador poder limitar el ejercicio de derechos, siempre que se haga efectivamente necesario y bajo aseguramiento y garantía constitucional.

El positivismo formal, y además **radical** (*lo que es una realidad pujante y a menudo vinculada al pasado, y que empezó efectivamente a desfigurarse como más segura elección político-jurídica tras el surgimiento del Estado liberal*) no más debe ser acogido en el sistema para de hecho desordenar ni (*mucho menos*) impedir las consideraciones de la política-criminal hacia el desarrollo más sensible y justo de la Ciencia penal en toda su amplitud. De otro modo, dichos marcos extremados de conservadurismo positivista innecesarios, casi siempre conllevarían – *también hoy día (como en ciertos casos aún lo representan)* – una serie de **injusticias jurídico-sociales**, a partir de la ley como un fin “indiscutible” en sí mismo.

Esa perspectiva del Derecho legal sobre el Derecho jurídicamente justo (*dentro del sistema*), que testimonió en el pasado, sobre todo, muchas injusticias legislativas, legales, estatales, cuando el **hombre** se parecía más un juguete en manos del legislador y el **juez** un fiel trabajador (*que tenía prohibido desarrollar su inteligencia y su pensamiento*) de la voluntad insensible de los que detenían el mando político-legislativo del Estado, representa una labor jurídica que ya no se puede más soportar en nuestros días. Actualmente, los valores socio-culturales y jurídicos imponen al jurista en general una participación creciente como crítico del sistema en permanente búsqueda de un equilibrio seguro y satisfactorio y del perfeccionamiento de las relaciones humanas como colectividad estatal.

**Sin embargo**, contrariamente a lo que ocurre con ciertos formalismos injustos y contra el sistema, sí que se da el positivismo imprescindible conforme con la estructura política de los Estados sociales y democráticos de Derecho, el cual representa la fórmula más adecuada y propia de seguridad jurídico-formal y material del equilibrio social tan buscado y no siempre logrado.

La **hermenéutica jurídico-penal**, específicamente como objeto de investigación más vinculado a nuestro tema, debe ser considerada desde sus prismas gramatical, histórico y sistemático, de conformidad a las necesidades político-criminales valorativas del caso que se esté tratando, aunque siempre que se labore en un verdadero

Estado del tercer milenio, debe primar el **método teleológico**, es decir, de la voluntad (*ante las situaciones reales*) más **justa y equilibrada** que pueda extraer el científico de la valoración de la **Ley**, según el **Derecho penal** y **constitucional**, como intención de que no se debe alejar el legislador. Y todo ese importante ejercicio mental-cultural siempre legitimado por estar dentro del **marco del sistema jurídico** respectivo.

Es coherente y muy lógico que normalmente lo que está por encima de lo más **grande** (*el delito*), debe estar también por encima de lo más **pequeño** (*la falta*), no obstante esto acaezca siempre cuando se refiera a un **beneficio** para el autor del hecho. Ello debe significar una expresión elemental de política-criminal más adecuada a una sociedad que busca el desarrollo de valores inherentes a la justicia más pronta y al humanismo, incluso bajo el prisma también solidificado del principio del *favor rei*. De otro modo, siempre que la ley pretenda limitar o restringir derechos e imponer reproches, deberá **especificar** su intención legislativa lo más claramente posible y de manera formal.

Así, dentro del marco de esa perspectiva general apuntada en los párrafos anteriores, es adecuado referirnos a la cuestión de las **faltas** (*contravenciones*) penales, ya que, si la redacción del tipo específico o precepto general hace referencia nominal y **exclusiva a los delitos**, con ello **libera** muy lógicamente a las faltas a que puedan **beneficiarse** sus autores respectivos con el *consentimiento* actuando en el **ámbito del tipo** para **excluirlo** (*con el acertado monista*). Esto supone una evidente manifestación hermenéutica de política criminal del *favor rei* en el sentido de que, para que el efecto excepcional de dicho acto de consentir pueda abarcar también a las faltas, solamente disminuyendo su potencial de injusto y consecuentemente reduciendo el *quantum* punitivo, es siempre necesario que el legislador haga **expresar** que las faltas (*como los delitos*) también están contenidas en dicha regla de expansión punitiva. Ese problema interpretativo puede igualmente ser tratado bajo el concurso de la propia **analogía in bonam partem**, además del principio de **intervención mínima** del Derecho penal en los comportamientos y en los cambios sociales.

Dicha perspectiva político-criminal amplia sigue con un contenido de tan gran expresión y verdad que, no obstante cuando de modo más radical la propia ley prohíbe formalmente el reconocimiento de la reducción del injusto en un tipo específico en que haya mediado un *consentimiento* en el CP respectivo, aún así no es del todo



dogmáticamente imposible analizar el hecho real y aislado añadiéndole la complementariedad jurídica y legítima de una circunstancia de atenuación **formalmente innominada** de la pena (*relevancia social o moral del comportamiento del autor, p.e.*), característicamente contenida de manera directa o no en los Códigos penales de los Estados de Derecho<sup>381</sup>. Ello, de cualquier modo expresa falla con respeto al del **consentimiento puro**, ya que, para tanto, necesita capacidad para **excluir la tipicidad** en su totalidad.

Es decir, que las perspectivas del **consentimiento excepcional** como causa de reducción de pena, motivadas por la disminución del potencial de injusto, en los términos, *v.g.*, del art. 155 del CPE<sup>382</sup>, **solamente** deben valer para los delitos, **excluyéndose** de esta regla las infracciones menores (*faltas*). Además porque, en un Estado social y democrático de Derecho, y también recordando la cita de BARJA DE QUIROGA<sup>383</sup>, “lo que no está prohibido está permitido”, constituyendo “la prohibición una excepción” que debe estar **expresa**, como un “reflejo de aplicar como regla y punto de partida, la libertad de la persona humana”.

Por tanto, hoy día la Ley penal de España (*art. 155, verbigracia*) – y *por supuesto también de cualquier homónima suya en cualquier otro Estado* –, considerándola a merced del Estado social y democrático de Derecho<sup>384</sup>, **no presenta** a mi juicio características normativo-estructurales a prohibir que se restrinja el **consentimiento** excepcional a las **lesiones delictivas**, aunque permita a dicho instituto jurídico del **consentimiento** actuar en el ámbito de las faltas en beneficio del autor, **excluyendo** la **tipicidad** de la conducta del autor. Lo que **no se puede**, lo que es fundamental plantear, por idénticas razones de lógica y crítica jurídicas, es distender este efecto de reducción del injusto a **otras conductas ajenas** a las lesiones corporales. En éstas, cuando el legislador no considere indisponibles los bienes jurídicos respectivos, el **consentimiento** auténtico excluye la tipicidad porque tampoco son dichas conductas contempladas en la Ley sólo con mediación reductora del injusto penal (*delitos*

---

<sup>381</sup> P.e., no obstante con repetición, arts. 21.6ª del CPE, 72º.1.2, *caput*, del CPPo, 66 del CPB.

<sup>382</sup> “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.”

<sup>383</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 57 y 58, a su vez refiriendo a RODRÍGUEZ RAMOS (*Compendio de Derecho penal – Parte general – Madrid, 1988, p 173*).

<sup>384</sup> Art. 1.1 de la CEspaña,

*patrimoniales, contra el honor) – ello representa una cuestión muy elemental de **garantía jurídico-democrática** –.*

Con respecto a la aplicación de dicha modalidad de **consentimiento** en el ámbito de las **faltas**, en el caso específico de España y en el marco del art. 155 del CPE, merece citar a MIR PUIG<sup>385</sup>, por ej., quien **no** la entiende adecuada y a su vez cita a BERDUGO<sup>386</sup> y MUÑOZ CONDE<sup>387</sup>, de modo que “hay que subrayar que el criterio del art. 155 de atenuar y no eximir con carácter general, sólo alcanza a <<los delitos de lesiones>>, no a las **faltas** de lesiones leves o de malos tratos”.

Por tanto, reconocido el **consentimiento excepcional** como una modalidad de expresión libre de la voluntad normalmente con discernimiento\_satisfactorio, aunque formal y materialmente **limitada** su validez y eficacia, no debe extenderse a casos cualesquiera que no estén específicamente previstos y puedan ser tratados jurídicamente bajo validez y eficacia del *consentimiento* auténtico en beneficio del sujeto autor, sobre todo cuando su empleo lógico y coherente resida en la expresión de la teoría de la **unificación**.

Pese a todo lo expuesto, considero que los términos del art. 155 del CPE ya son algo **inoperante** y sin más significado jurídico-práctico ante los avances político-criminales de la dogmática actual, debido sobre todo a la firme y **expansiva** mediación de los Derechos fundamentales contemplados en las Constituciones de los Estados de Derecho sociales y democráticos, a ejemplo inequívoco de España (*Brasil, Alemania, etc.*).

---

<sup>385</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 505.

<sup>386</sup> *Idem supra*, n.p. 19.

<sup>387</sup> *Ibidem*.

2. **LA TEORÍA MONISTA<sup>388</sup> (UNITARIA<sup>389</sup>, DE LA ATIPICIDAD<sup>390</sup>, PACIFICADORA, DEL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO<sup>391</sup>, UNIFICADORA, SIMPLIFICADORA).**

Dentro del marco de la existencia humana se debe buscar siempre un significado **bueno, justo** y **útil** para los raciocinios, las ideas, los proyectos, en fin, para las cosas que se emprenden y se tornan capaces de realizar, ya que de otro modo se pueden pasar por los años de la vida sin dejar un **sentido mínimo** de producción solidaria y positiva al desarrollo de la civilización en que se está involucrado. Intentar cambiar alguna cosa o crear algo nuevo, con desprecio a cualquier consecuencia ventajosa para los demás, sino para sí propio, bajo el egoísmo, la ganancia y el orgullo puros, es en principio algo reprochable, pero casi siempre sólo puede reprocharse moralmente y sin resultados eficaces (estamos ante una falta de equilibrio interior entre el sensible y el consciente de la persona hacia los intereses sociales, lo que no significa en absoluto olvidar a los intereses individuales, por supuesto). Empero, **producir** algo con significado **útil** (*quizás una sola intención*) es afirmarse dentro de la **cadena humana** como un ser cuya existencia, desde los sentidos, sentimientos y esfuerzos propios, ha contemplado y logrado realizar cosas de manera saludable, debido a una conciencia tranquila y concreta del **deber** que se pudo orientar hacia la realización del bien justo.

En esta sencilla introducción a la teoría monista, conviene señalar que, siempre e invariablemente, cuando utilizamos el término **útil** a lo largo de toda esta Investigación, **no lo hacemos** en absoluto con el significado de la **doctrina utilitarista pura**, en el sentido de que lo útil está por encima del bien y del mal, fundamentando sacrificios de Derechos individuales, incluso sin que sean manifiestamente **necesarios** y **soportables** en el ámbito del ordenamiento jurídico. Por el contrario, me refiero a lo útil en **defensa del bien**, con significado de patente utilidad social **hacia la justicia** claramente más adecuada, y por tanto también más rápida (*siempre que sea posible*), sacrificando intereses individuales y personales sólo cuando se haga imprescindible para la **supervivencia** de Derechos de la colectividad o de Derechos individuales superiores en

---

<sup>388</sup> P.e., CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español – Parte General...* cit., p 726.

<sup>389</sup> V.g., BARJA DE QUIROGA, *El consentimiento en derecho penal...* cit., p 8.

<sup>390</sup> Entre otros, POLAINO-ORTS, *‘Alegato a favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad’...* cit., p 164.

<sup>391</sup> *Verbigracia*, ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 517 y ss.

un conflicto normativo real e inevitable para el caso concreto, en el marco de un Derecho penal que **valora** las garantías jurídicas en lo que a la protección de Derechos fundamentales se refiere.

Caminando desde lo metafórico hacia una perspectiva más concreta, adentrándonos en el **sistema** y en la **Ciencia penal** y, dentro de la misma, en el *consentimiento* (*ese formidable mecanismo jurídico de valorización de la persona*), debemos plantear que la idea del *consentimiento*, o sea, la claridad intelectual-volitiva del **consentimiento auténtico** como causa de **atipicidad en general**, planteando una convicción muy concreta de desarrollo científico-jurídico en el ámbito del Derecho penal más justo y de su teoría del delito, es una de esas **realizaciones** que el tiempo necesita registrar en el mármol de su historia para el **conocimiento** y el **reconocimiento** de las generaciones actuales, mientras los científicos y los legisladores deben convertirla en una realidad creciente, debido además a su importancia para la valoración y el desarrollo humano. El *consentimiento* jurídico-penal auténtico significa la propia conciencia existencial de una especie de **frontera sistemática** entre el tipo y las causas justificantes<sup>392</sup>, donde sobresale su valor científico indudable como afirmación de atipicidad.

El *consentimiento atípico* es un instituto jurídico de **extrema lógica** y de **formidable valoración** de la voluntad libre, de los sentidos naturales, de la consolidación de Derechos fundamentales (*los que incluso se mezclan para su expresión*) y de los sentimientos auténticos de la persona hacia el desarrollo de su personalidad y la valoración de su dignidad, como un eje de protección y de seguridad del Estado democrático y social de Derecho, perfeccionando su carácter formal-constitucional y material. A través del *consentimiento atípico*, es incluso posible impulsar y equilibrar mejor los intereses de **seguridad del Estado** con los de **protección** y de **libertad ciudadana** hacia una convivencia, donde la idea y la concretización del justo jurídico pueda tenerlas como una evidencia de desarrollo dogmático.

En un Estado donde no haya garantía al derecho de libertad y autodeterminación del individuo para el desarrollo de su personalidad, y la afirmación de

---

<sup>392</sup> Sobre el consentimiento en este sentido, p.e., véase la introducción de CUELLO CONTRERAS *en El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 723.

su dignidad como persona (*por supuesto sin necesidades **extravagantes** y a veces paranoicas, es decir, donde no esté garantida la protección de la persona contra sí misma, de la sociedad y del ordenamiento jurídico; dicha protección es imprescindible, pero con equilibrio y lógica*), no se puede decir que exista **seguridad**, sino una sociedad que se inclina hacia un Derecho penal más **simbólico** que **garantizador**. A su vez, la necesidad **garantizadora** moderna del Derecho penal hacia la concretización de lo que sea más justo legal y jurídicamente, es un intento y una característica de los sistemas jurídicos **abiertos**. En ellos, para su propia seguridad democrática y credibilidad ciudadana, toda investigación debe partir del Derecho **positivo** y mantenerse dentro del ámbito del Ordenamiento al que pertenezca, si bien acudiendo a criterios coherentes y razonables de orden **social** y **político-criminal**, como una elección complementaria, segura y amplia para alcanzar un equilibrio mínimo satisfactorio entre la normativización del Derecho y su respectivo empleo concreto de la manera más justa posible, y donde la garantía ya no puede tener un fin en sí mismo, como si fuera una operación con una ciencia exacta, sin preocuparse por el sustantivo ni el subjetivo valorativo del vasto aglomerado jurídico-humanitario que significa el universo de la Ciencia penal.

Desde luego, es oportuno plantear que el **desarrollo de la personalidad**, el poder de **autodeterminarse** con **libertad** y la afirmación de la **dignidad humana**, a través del control de la **esfera de dominio** que le corresponde, significa el bien verdadera y jurídicamente **protegido**, cuando la persona titular del derecho consiente en lo que se refiere a un bien personal disponible, lo que implica su transformación a la condición de simple **objeto de menoscabo** en el ámbito de los límites del *consentimiento* válido y eficaz. Este es un punto básico para la comprensión de la **atipicidad** del hecho y de la fundamentación de la **teoría monista**, dentro de la teoría dogmática del delito.

Reafirmando y ampliando las perspectivas anteriores, el *consentimiento* válido y eficaz, de conformidad a la función política y progresista del Derecho penal (y *constitucional*) vigente, implica, fundamentalmente debido a la **estructura constitucional** (y *por lo tanto de jerarquía normativa superior*) muy clara en que está envuelto, que el respectivo suceso consentido por el titular del bien jurídico disponible se torna un **hecho** efectivamente **integrado**, **apoyado** y finalmente **consolidado** socialmente, que se desarrolla sobre un objeto sin más protección jurídica. Así, dicho comportamiento humano resulta ser algo más que solamente adecuado **social** y **jurídicamente** dentro de los

patrones humanos de acogimiento y valoración común (*sin relevancia penal*), presentes en el medio social y de conformidad al sistema jurídico. Es un **instituto efectivamente sólido** como **expresión de soberanía** de la propia voluntad constitucional, implicando un desvalor tanto del resultado como de la conducta, lo que **aleja el interés penal**, tornando **atípico** el hecho tras dicha expresión válida y eficaz de la persona titular del bien; éste, pasa a representar el papel de un mero objeto del suceso.

Respecto al *consentimiento*, desde su conformidad con las directrices elementares **de la teoría de la exclusión de la tipicidad**, es indudable asegurar que hay un respaldo jurídico, incluso con reserva de supralegalidad, que representa la fiel **manifestación cualitativa** de la propia sociedad a través de la expresión del interior del titular del derecho como ente individual y verdadero **ejemplo expresivo** de ese **legítimo colectivismo cultural, social y político**, y que encuentra sus desdoblamientos, en el ámbito de la teoría del delito, en su elemento constitutivo inicial (*la tipicidad*). Es decir, que dicho *consentimiento* válido y eficaz (*lo reitero*), como expresión de la voluntad, es un **acto de soberanía**<sup>393</sup> personal del individuo en el marco de su esfera de derecho-poder disponible y autónomo, incluso como una evidente manifestación del Derecho fundamental de autodeterminación<sup>394</sup> y desarrollo de la personalidad, que implica una indudable certeza de respeto jurídico-social y político-criminal a la **Constitución**, reconociendo la certeza de que el titular del bien disponible es al fin y al cabo el autor de su propia obra.

En el ámbito de la **jerarquía normativa superior**, la constitucionalidad en España ofrece (*e impone*) un largo **amparo hermenéutico-legislativo** fundamental muy obvio al planteamiento de la convicción dogmática del *consentimiento*, como causa de **atipicidad** en notable beneficio del hombre/individuo/ciudadano/persona, lo que, bajo la contundencia y mezcla de las referencias gramaticales, históricas, sistemáticas y políticas a continuación, puede, incluso, dispensar mayores comentarios. Así, *vide, verbigracia*, a los arts: 1.1 – la **libertad** y la **justicia** como valores superiores del **Estado social y democrático de Derecho**; 9.1.2 y .3 – la sujeción del **ciudadano** y de los **poderes**

---

<sup>393</sup> Además del “dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados”; aunque ya muy relevante, a lo que se refieren JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, 402) en defensa de la doctrina dualista.

<sup>394</sup> En ese sentido, *vide* también a CUELLO CONTRERAS en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 723, *in fine*.

**públicos** a la Constitución, **incumbiendo a éstos** promover la **libertad real y efectiva de aquéllos**, bajo la **jerarquía normativa**, como expresión de **seguridad jurídica**; 10.1 y .2 – la **dignidad de la persona**, los **derechos inviolables que le son inherentes** y el **libre desarrollo de la personalidad**, como **fundamento del orden jurídico** y de la **paz social**, además de las normas relativas a los **Derechos fundamentales** y a las **libertades constitucionales**, que deben ser interpretadas de conformidad con la **Declaración Universal de Derechos Humanos**; de la **Constitución de España**<sup>395</sup>.

La investigación del *consentimiento* en Derecho penal, nos da ocasión, como se puede ver, de tratar de la **libertad**, del **desarrollo de la personalidad**, de la **dignidad**, de Derechos fundamentales, y de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (*fuentes supranacional*) como expresiones de imprescindible **justicia**, en lo que respecta al **hombre/persona**<sup>396</sup>/**individuo/ciudadano**.

La **cuestión de la persona/individuo** (*como si no bastara su condición natural de hombre y jurídicamente de ciudadano, a nivel de sinónimos, bajo un seguro criterio humanístico, cultural y político en general*) merece algunos breves paréntesis, los que nos parecen de suma **importancia** en este contexto. Nos referimos específicamente a JAKOBS<sup>397</sup>, quien plantea una distinción jurídica entre los conceptos de “persona” e “individuo”. Para este maestro alemán, el **último** término, como bien lo refiere la crítica de

---

<sup>395</sup> En Brasil, les corresponden, por ej., los arts. 1º, II y III (la ciudadanía y la dignidad de la persona humana como fundamentos de la República Federativa de Brasil), 3º, I (la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como fundamentos del Estado), 4º, II (la prevalencia de los Derechos humanos, igualmente en las relaciones internacionales de Brasil), 5º, *caput*, I, y II (la igualdad de todos ante la ley, sin cualesquiera discriminaciones, asegurándoseles la inviolabilidad del derecho a la libertad y a la seguridad, además ya explicitando que a nadie puede ser impuesto hacer o no hacer algo, sino a causa de la ley que lo determine) de la CFB.

<sup>396</sup> Recordando a RAMOS CHAPARRO en *La capacidad de los menores...cit.* (p 1 de 31), RENESSI, al referirse a la definición de persona (menor, adulto y mayor) en su contexto real, cita que “ha de contener en su predicado la referencia inmediata al hombre”, aunque también debe contener “las categorías técnicas principales que configuran su situación especial en las relaciones de derecho”. No obstante, hoy día esas categorías “no explican ni agotan completamente el sentido jurídico sino que se presentan como consecuencias de un significado jurídico más básico, que es la recepción del concepto filosófico persona en el propio ordenamiento jurídico”.

<sup>397</sup> *Comentario de Miguel Olmedo Cardenete “Sobre la normatización de la dogmática jurídicopenal de Günther Jakobs”*. Madrid/España, Cuadernos de Política Criminal *Sobre la normatización de la dogmática jurídicopenal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Madrid/España, Cuadernos Civitas, 2003, pp 134/162.

OLMEDO CARDENETE<sup>398</sup>, “es resultado de procesos naturales” (*los incapaces de culpabilidad en general son ejemplo, no exclusivamente porque les faltan la capacidad intelectual o la volitiva, sino a causa de las distintas “repercusiones sociales que les atribuyen”*), mientras el **primero** “es un producto social” (*los que tienen capacidad de culpabilidad, derechos y deberes a cumplir, o sea, poseyendo “competencia para enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social y del Derecho como su producto”*). Es decir, que para JAKOBS “persona” e “individuo” son términos jurídicamente **desiguales** y por lo tanto merecen tratamiento legal del mismo modo **distinto**.

*Permissa venia*, tampoco puedo concordar con ese raciocinio **separatista** del ilustre maestro de la *Universität Bonn*. Adopto, básicamente, el entendimiento del dogmático de la Universidad de Granada<sup>399</sup>. Además de otras consideraciones –*que el tema central de esta investigación acerca del consentimiento ya no reserva espacio metodológicamente* –, es seguro afirmar que el medio más apropiado para expresar formalmente (*con efectos jurídico-materiales*) dicha repartición, la que implica en limitar Derechos fundamentales inherentes al individuo, hombre, ciudadano, persona, es la propia ley jerárquicamente adecuada, la cual no lo hace, incluso porque, de hacerlo, se produciría un **retroceso**, como mínimo, **jurídico y político-humanístico**. Ambos términos claramente han tenido un significado histórico, sistemático y teleológico **sinónimo** (*a lo que tampoco es impropio añadir las demás expresiones “hombre” y “ciudadano” en referencias generales tan seguras, además axiológicamente consolidadas*), tanto a nivel de legislaciones supranacionales<sup>400</sup> como nacionales<sup>401</sup>.

Sin embargo, aún así se podría entender que toda **persona** sería una especie de individuo **latente**, cuando actuara por efecto de drogadicción, v.g., de tal modo que dicho estado psicológico-somático la alejara de la capacidad intelectual o de la volitiva propia al reconocimiento del valor normativo específico que plantea JAKOBS. O entonces lo fue de manera cronológica un **individuo** dicha **persona**, mientras hubiera sido un menor (*etapa transitoria del desarrollo del ser humano*). No obstante, esto se nos

---

<sup>398</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel, en *Comentario de Miguel Olmedo Cardenete Sobre la normatización de la dogmática jurídica penal de GÜNTHER JAKOBS*, Madrid/España, Cuadernos de Política Criminal, n° 83, 2004, pp 135 y ss)

<sup>399</sup> *Idem supra*, pp 136/139.

<sup>400</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos* – art. 1º, etc.; Constitución Europea – Parte I, Título II, Artículo I-10, Parte II, Título I, Artículo II-61, Título II, Artículo II-66, etc.

<sup>401</sup> ya basta la propia CEsp: arts.9.1, 10.1; en Brasil: arts. 1º, III, 4º, II, 5º, *caput*



presenta más ilustrativo que pragmático y jurídicamente útil y justo, ya que ser un menor, un enajenado mental o un drogadicto incapacitado **no aleja**, en momento alguno, la condición de persona del ser humano, que es un atributo incluso natural, filosófico, político y cultural.

Reconocer y dar eficacia jurídica a esa distinción entre persona e individuo implicaría relativizar **negativamente** Derechos humanos rigurosamente inherentes al hombre (*independientemente de su género, por supuesto*) en general (*ciudadano, individuo*) y negarles garantías fundamentales, que contienen incluso inspiración en el Derecho **supranacional** (*jus cogens*). Ello permitiría hacer interrogantes más objetivas respecto a la posibilidad de injerencia, *v.g.*, del Derecho penal del enemigo y su enfoque directo de la “no persona” en el ordenamiento jurídico-penal formal, exactamente tal como se lo plantea originalmente el mismo JAKOBS<sup>402</sup>.

El Derecho de la **no persona** es una doctrina que, a mi modesto juicio, aparenta una **temeridad** jurídico-constitucional y penal (*tanto material como procesal*) muy **evidente**, a partir de su base más pura. Y es que su perspectiva teórica está lejana de una evolución cualquiera (*siquiera de una correspondencia*) dentro del marco de los Derechos fundamentales, sobre todo debido a la **inseguridad jurídica** y al **autoritarismo** (*simbolismo y punitivismo injustificado*) resultantes de la restricción que intenta producir la **teoría de los enemigos** con respecto a dichos Derechos fundamentales. Es inolvidable la historia de conquistas muy arduas, que en ocasiones conllevó la pérdida de demasiadas vidas humanas, de los Derechos fundamentales hacia el perfeccionamiento interminable del proceso de civilización y de justicia de la humanidad.

**Finalmente**, considerando la distinción jurídica de JAKOBS entre “persona” e “individuo”, a partir de sus perspectivas en determinados presupuestos extremistas, se podría decir que **sólo** la persona (*no el individuo*) tendría derecho a la “dignidad” y a los “derechos humanos” que le son inherentes a dicho ser humano (*según, p.e., el art. 10 de la CEspaña*), lo que se constituiría un absurdo inaceptable e insostenible ante cualquier sociedad con un rango mínimo de civilización, democracia y conciencia jurídico-social y política.

---

<sup>402</sup> Véase a JAKOBS, Günther y MELIÁ, Cancio, en *Derecho penal del enemigo* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Madrid/España, Thomson Civitas, 2003, pp 19/56.

**Sin embargo**, ante todo lo que he expuesto en los últimos párrafos, me pregunto: ¿no se estará adoptando una postura crítica demasiado **rigurosa** hacia los planteamientos de JAKOBS, a partir de todas las críticas que se les han dirigido? En fin, ¿será que la doctrina del enemigo no sirve para nada? ¿O será que el Derecho penal del enemigo no es responsable, **al menos**, por impulsar el debate más profundamente acerca de la criminalidad de alto rango (*terrorismo, tráfico internacional de drogas*), la que, como el problema terrible que significa, ya aflige el equilibrio social a nivel **internacional**, incluso en países que se creían suficientemente **protegidos** (*Estados Unidos, Inglaterra, España*) respecto a ella? Este tema merece una reflexión más profunda. Además, de todo y de todos, hay siempre algo que **aprender** y una **enseñanza** positiva que recoger, lo que tampoco significa en aceptar y adoptar perspectivas jurídicas extremas y que efectivamente atenten contra los derechos fundamentales.

Regresando más directamente al *consentimiento*, debemos hacer otras reflexiones complementarias. Además, si se consideran a **nivel** meramente **ilustrativo** y sin importancia cultural-sistemática, se comete un error de lógica y de falta de respeto jurídico a las teorías humanistas existentes, ya que son (*las alusiones a Textos universales a seguir*) parcela imprescindible de la **base fundamental** de todo y cualquier Estado social y democrático de Derecho, como un marco en el desarrollo patente de la civilización.

Primeramente, **la Declaración Universal de los Derechos Humanos**<sup>403</sup> – *ONU, diciembre de 1948* –: “Todos los **seres humanos** nacen **libres e iguales en dignidad y derechos**... Toda **persona** tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, **sin distinción** alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política **o de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición**. Todo **individuo** tiene derecho a la vida, a la **libertad** y a la **seguridad de su persona**. Todo **ser humano** tiene derecho, en todas partes, al **reconocimiento** de su **personalidad jurídica**. **Todos son iguales ante la ley** y tienen, **sin distinción**, derecho a igual **protección de la ley**. Todos tienen derecho a igual **protección** contra **toda discriminación** que infrinja esta Declaración y contra **toda provocación** a tal discriminación.”

---

<sup>403</sup> Arts. 1, 2.1, 3, 6 y 7, p.e.

Después, la **Constitución**<sup>404</sup> **Europea**<sup>405,406</sup> – *Roma/Bruselas, octubre/diciembre de 2004* –: “La **dignidad humana es inviolable**. Será **respetada y protegida**. Toda **persona** tiene derecho a la **libertad** y a la **seguridad**. Todas las **personas** son **iguales** ante la ley. Se **prohíbe** toda **discriminación**...”

También, desde la inspiración civilizada en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**<sup>407</sup> – *Francia, 1789* –: “Los **hombres** nacen libres e iguales en derecho... El objeto de toda **sociedad política** es la **conservación** de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la **libertad**, la propiedad, la **seguridad** y la resistencia a la opresión. La **libertad** consiste en poder hacer todo aquello que **no dañe** al otro...”. Además, “lo que no está **vedado** por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena.”

---

<sup>404</sup> Sí me refiero a Constitución, en pese aún no haber sido adoptada por todos los países de la UE (España la ha adoptado) y se puede tratarla técnicamente como “proyecto”. Y lo hago en respeto a las naciones que la han homologado con las mejores intenciones hacia un mundo más armónico y mejor. Sobre este tema, vinculado al Derecho penal, merece leer a MORILLAS CUEVA, Lorenzo y VALLS PRIETO, Javier, en *‘Hacia la nueva realidad de un Derecho Penal Europeo’ (159/184) – Evolución y Tendencias del Derecho Europeo – Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada – 3ª época, número 9, coedición de Tirant lo Blanch, Universidad de Granada y Facultad de Derecho de la UGR, 2006*. Destaco el resumen en la p 184: “la influencia en el Derecho penal de los Estados miembros de la normativa comunitaria es cada vez más intensa. En especial el procedimiento de armonización de las legislaciones nacionales es la base para la coordinación y colaboración en la lucha contra la criminalidad transnacional en Europa. El principal intento sobre esta materia lo configura el proyecto de Constitución europea, paralizado, en parte, por los difíciles momentos que su aceptación unánime atraviesa”.

<sup>405</sup> Equivalente anterior en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea – 2000, en los arts. 1, 6, 20, y 21.1, v.g.

<sup>406</sup> Parte I, Título II, art. I-9.1 y .2 (Derechos fundamentales), Parte II, Título I, art. II-61 (dignidad humana), Título (derecho a la libertad y a la seguridad), Título III, arts. II-81 (Igualdad ante la ley) y II-81 (no discriminación), v.g.

<sup>407</sup> Arts. 1, 2, 4 y 5. No obstante la formidable importancia general y teórica de la Revolución Francesa para la concretización de muchos de los ideales de justicia, en lo que a todo el mundo se refiere todavía hoy día, una de sus más fuertes contradicciones fue el hecho que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no representaba, en aquel tiempo sobre todo, un instrumento concreto de libertad, igualdad y fraternidad para las mujeres, las que aún permanecieron marginadas durante muchos años. Y solamente lograrán su justa equiparación al genero masculino gracias al coraje y actividades heterogéneas de mujeres como FLORA TRISTÁN, LOUISE MICHEL y OLIMPIA DE GOUGES – ésta, la que escribió la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, en 1791 en Francia, con frases como “si la mujer tiene el derecho a subir al cadalso, también lo tiene a subir a la tribuna”. Acusada y condenada por antiguos compañeros suyos como “una conspiradora que había abandonado las virtudes propias de su sexo”, a causa de sus ideales resultó guillotinado en 1793 (referencia a este tema hace, p.e., SILVA, Marinalva Freire da, en *Español a través de Textos II*, João Pessoa/PB/Brasil, Editora Idéia, 2005, pp 32 y 33, a su vez citando a ROIG, Montserrat, en *El feminismo*, Barcelona/España, Salvat, 1986).

Entre continentes, la integración de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**<sup>408</sup> – *Colombia, 1948* –, cuya primera parte del **preámbulo** hace referencia a “personas humanas”, “teniendo como principal la protección de los derechos esenciales del **hombre** y la creación de circunstancias que **permitan progresar** espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Además, “todo **ser humano** tiene derecho a la vida, a la **libertad** y a la **seguridad** de su persona. Todas las **personas** son iguales ante la ley...”

Todavía, merece cita un recuerdo de OLMEDO CARDENETE<sup>409</sup> refiriéndose, *verbo ad verbum*, al preámbulo del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 1966: “... estos derechos se derivan de la **dignidad inherente** a la **persona humana**”.

Es decir, la **dignidad de la persona humana**, inherente a todo individuo, impone **ciertos** derechos que no dependen “de su reconocimiento por la norma<sup>410</sup>” (*aunque, por supuesto, se tornen más claros {e incluso redundantes} si hay esa previsión formal*), constituyéndose un ejemplo de esos derechos el de **autodeterminarse** con libertad, **desarrollando** la propia personalidad, de conformidad a lo que **mejor convenga** a dicho titular del derecho respectivo, siempre que se trate de un bien jurídicamente disponible dentro de su esfera de dominio. Ello da relieve no solamente a una expresión de justicia aislada, sino de justicia social y democrática, armónica en el sistema y políticamente muy coherente.

## 2.1. RESUMEN ACERCA DE LAS DIVERGENCIAS DOGMÁTICAS ELEMENTALES ENTRE LAS TEORÍAS DEL CONSENTIMIENTO EXCLUYENTE DEL TIPO Y DEL CONSENTIMIENTO EXCLUYENTE DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Es obvio que **no todo** bien jurídicamente protegido, aunque contenga carácter o sea enteramente individual, puede (y *tampoco debe*) ser siempre **objeto de disposición** válida y eficaz de su titular en todos los casos y en todas las situaciones en

---

<sup>408</sup> Capítulo Primero, arts. I y II, p.e.

<sup>409</sup> *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal... cit*, p 139.

las que se le presente. Hay **bienes indisponibles**, individuales o no (*los bienes públicos en general {indisponibilidad amplia}; la vida, en principio; ciertas modalidades de lesiones corporales*), sobre los que el *consentimiento* de la persona titular ya **no presenta cualquier validez jurídica** excluyente, y todavía menos **eficacia**, tanto en el marco de la **atipicidad** como de la propia **justificación**. Semejante es la situación de los bienes jurídicos **parcialmente disponibles**, ante los cuales el *consentimiento* contiene una validez y una eficacia relativa, y en algunos casos efectivamente limitada (*las lesiones físicas o psicológicas, el honor, etc.*), dependiendo de la descripción legal y de las circunstancias en que esté envuelto. Estos bienes, para COBO/VIVES<sup>411</sup>, son “*renunciables*”, no obstante “en vía de principio, *dentro de ciertos límites*”. Conviene señalar que dichos **límites** son **característicamente** más restringidos en el marco de la **teoría divisora**, a causa de su sistematización hermenéutico-conservadora. El liberalismo jurídico de que se sirve seguramente la **teoría unificadora** tiende a expandir dichos límites, al fin y al cabo impulsando el desarrollo de la personalidad humana.

Dicho planteamiento, en general, es aceptado por las **teorías del consentimiento**, aunque empiecen los **conflictos estructurales** dentro de los grupos de **casos específicos** respecto a su ubicación sistemática, lo que incluso suele acaecer en el marco de una misma teoría, a ejemplo característico de la **dualista**, que contiene divergencias, *v.g.*, en cuanto a determinados tipos de lesiones quirúrgicas, tratando al *consentimiento* en estos presupuestos ora como causa **excluyente de la tipicidad**<sup>412</sup> a (*lo que es una “tesis mayoritaria”*<sup>413</sup> *hoy por hoy*) ora como causa excluyente de la **antijuridicidad** de la conducta.

Entre tanto, las afirmaciones **objetiva** y **resumidamente separatistas** entre las distintas teorías del *consentimiento* (*monista* y *dualista*) y que se **mantienen sin permitir conciliarlas**, se identifican directamente en el **extremismo sistemático antagónico** que adopta cada una de ellas: **inicialmente**, por lo que respecta a la **fundamentación** de la **capacidad** del **derecho-poder** de la voluntad de la persona humana y sus resultados jurídicos; **después**, en el **concepto** y **tratamiento** del bien jurídico y de sus consecuentes **efectos** en el ámbito dogmático de la cronología de los

---

<sup>410</sup> Comentario ratificando el entendimiento del texto, *idem supra*.

<sup>411</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 493.

<sup>412</sup> P.e., JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 400. n.p 8.

<sup>413</sup> *Idem supra*.

elementos formadores del delito. Es decir, la razón jurídica del *consentimiento* en general como causa de exclusión de la **tipicidad** o entonces como causa de exclusión **mixta**: en determinados casos de la **antijuridicidad** y en otros de la **tipicidad**.

Ante todo, merece citar a CUELLO CONTRERAS<sup>414</sup>, el cual, aunque eligiendo el efecto **excluyente de la tipicidad**, se refiere al *consentimiento* como “la frontera entre el tipo y la antijuridicidad”, y lo hace muy bien. El *consentimiento* es un instituto jurídico que contiene **características especiales**, las que parten con un significado endógeno evidente, profundamente interior del hombre. Ello en cuanto a su derecho-poder de **autodeterminarse**, perfeccionándose en sus efectos sobre el objeto o bien jurídico disponible al titular de dicho derecho, bajo el prisma de la **libertad constitucional** de acción y de la **dignidad inherente** a todo hombre, lo que, si bien se insinúa como una justificante ante determinados sucesos (*porque parece haber una cierta provocación comportamental del agente*) efectivamente esto no lo es, **sino** una lógica causa de **atipicidad en general**. La explicación, la fundamentación, el convencimiento y la ubicación jurídica del *consentimiento atípico* resultan desde una patente renuncia jurídico-comportamental del titular del bien a toda y cualquier **protección o interferencia** del Derecho penal, **desfigurando** el concepto dogmático de bien jurídico, que es añadida por la mediación de la expresión de la voluntad, con validez y eficacia, atendiendo al dominio autónomo del titular del derecho.

Empero, más específicamente, ¿qué motiva ese desencuentro dogmático tan extremo? Se puede, sin perjuicio del desarrollo imprescindible del tema bajo planteamientos complementares, intentar resumir sus significados en dos puntos básicos, ya deducibles de esta explicación: uno de **estructura endógena** y de garantía **constitucional** (*aun de Derecho fundamental*) **inherente** a la **persona humana** y su **propia dignidad** y otra de **características exógenas y jurídico-conceptuales** acerca del **bien disponible**. La última está envuelta en cuestiones que dependen del vigor y de la amplitud que se reconozca o se delimite a la primera, lo que implica un comportamiento (*acción y resultado*) sin tipicidad, al reconocer aquella de manera más amplia y adecuada.

Así, como he dicho, las teorías del *consentimiento atípico* y del *consentimiento justificante* se presentan bajo una perspectiva de conciliación dogmática

---

<sup>414</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 723.

muy **difícil**; quizás jurídicamente imposible. Como antes hemos señalado de manera más amplia, me refiero a los **dos ejes**, fundamentalmente:

**En primer lugar**, a la cuestión de la **importancia jurídica** distinta que reconoce cada una de dichas teorías a la evidente **expresión del interior humano** que significa el *consentimiento válido y eficaz*, a partir de su valoración **hermenéutico-constitucional** y sus consecuentes resultados – *la más antigua, reconociéndole fuerza justificante para casi o todos sus supuestos en sentido estricto, mientras la más reciente y creciente, atribuyéndole una fundamentación dogmática muy determinada y demasiado coherente, que lo hace actuar en los espacios de la tipicidad*, impidiendo la propia imputación penal.

**Después**, complementariamente, a los **efectos** de dicho *consentimiento (necesariamente válido y eficaz)* sobre el concepto abstracto de **bien jurídico**, cambiándolo, de hecho y de derecho, a la condición de **objeto del suceso (monismo)**, o manteniendo sus características como **bien jurídicamente protegido (separatismo)**. Ello implica, muy directamente en el **primer caso**, atribuirle **capacidad atípica**, mientras en el **segundo**, solamente **justificante**. En el primer supuesto, **no implica** cualquier bien jurídico lesionado o amenazado. En el segundo, el comportamiento reprochable básico se **mantiene** a causa de la lesión o amenaza al bien, lo que todavía permanece protegido por su valor jurídico no cambiado, aunque no impida la **actuación de la justificante**, reconociendo el derecho del autor de realizar la conducta. **Y todo** ello básicamente porque, para los postulados pacificadores de la **teoría monista**, el bien jurídicamente protegido (*es decir, el auténtico objeto de relevancia e interés a la protección penal*) es el **dominio autónomo** del titular del derecho en el marco de su esfera de control personal<sup>415</sup> jurídicamente asegurado dentro del sistema constitucional-penal (*la autodeterminación libre, desarrollando la personalidad y afirmando la dignidad humana*), **en lugar** del concepto de la **teoría dualista** que **mantiene** el objeto renunciado al menoscabo como bien todavía protegido jurídicamente.

---

<sup>415</sup> Aunque en general manteniendo un punto de vista dogmático separatista, por ejemplo CASAS BARQUERO, Enrique, en *El Consentimiento en el Derecho Penal*, Córdoba/España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987, p 40, de conformidad a la perspectiva unificadora desde Alemania, cita que “se entiende así por bien jurídico ‘el dominio autónomo de quien tiene derecho sobre el objeto de la acción’”.

Hay una **interdependencia** lógica entre ambos puntos, en el **sentido positivo**, hacia la **utilitaria** finalidad jurídica y político-social atípica del *consentimiento*. Es decir, que todo *consentimiento* contiene estos dos aspectos, que si no se encuentran **armonizados**, impiden la **configuración** de dicho efecto **atípico** en este valioso instituto jurídico. La **metamorfosis** conceptual del **proteccionismo jurídico del bien** disponible para **objeto material del hecho** necesita de la **interferencia expansiva** y **eficaz** de la expresión de la voluntad humana para que eso se pueda realizar, mientras, por otro lado, es obvio que la sencilla manifestación de la **voluntad**, sin **capacidad** para imponer dicho **cambio**, no perfecciona sistemáticamente el *consentimiento* para que alcance en última instancia validez y eficacia en el marco de la **tipicidad**.

De lo expuesto en los párrafos anteriores resultan una serie de diferencias sistemático-estructurales entre las dos teorías (*dualista y monista*). La **pacificación sistemática** con respecto a un tema **intelectualmente tan seductor** solamente será posible cuando los seguidores de una de esas teorías cedieren a los argumentos de la otra, renunciando a sus planteamientos dogmáticos originales. Lo que pasa es que la fundamentación de la **teoría unificadora**<sup>416</sup> se presenta con una **lógica jurídica** muy peculiar y segura, además de otorgar un evidente **relieve** al **perfeccionamiento progresista de la teoría dogmática del delito** en ese aspecto, incluso destacando de manera más justa la valoración de Derechos fundamentales (*libertad, autodeterminación, dignidad, desarrollo de la personalidad*), lo que, evidentemente, hace más difícil una renuncia monista.

Sin embargo, es adecuado plantear que, incluso sea cual fuera la teoría que se va a emplear con respecto al *consentimiento* para su tratamiento sistemático, es imprescindible atender a dos exigencias elementales<sup>417</sup>: **1 – que** el bien jurídicamente protegido en su forma latente esté **enteramente disponible** (*en la ley o de conformidad al sistema en que esté necesariamente vinculado*) a la expresión de la voluntad de su **titular**; y **2 – que** la amenaza o la lesión concreta que produzca el autor **corresponda** a la expresión de los **límites** manifestados por el *consentimiento*. Es decir, que la actividad humana debe estar dentro del marco del *consentimiento expresado*.

---

<sup>416</sup> Pese a la estructura de la perspectiva dualista.



El *consentimiento* es un instituto jurídico necesariamente **exigente**, como instrumento legal de garantía jurídico-penal, y principalmente de la manifestación de la voluntad de la persona humana, lo que implica una **sensibilidad dogmática** muy clara. Así, si el bien jurídico **no puede ser renunciado** por su titular, o si el comportamiento humano del individuo **ultrapasa** o **no encaja** en el ámbito de dicha **renuncia**, es lógico que no haya validez, y tampoco eficacia, en este *consentimiento*, el cual se torna tanto formal como materialmente inadecuado.

### 2.1.1 EL EFECTO DEL DERECHO-PODER DE CONSENTIR DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO DISPONIBLE DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO.

En este punto, indudablemente la valorización del **hombre** es el eje de la cuestión, por encima de cualquier otro, en el ámbito del *consentimiento*. Su poder de **autodeterminarse** con **dignidad** y **libertad constitucional**, **desarrollando su personalidad** (*bienes jurídicamente protegidos*), ejercitando Derechos fundamentales, se ven envueltos en una especie de dificultad, si adoptamos los postulados de la **teoría dualista**, que limitan demasiado a ese derecho-poder, impidiendo su perfeccionamiento hacia la **atipicidad** en los cuales se estructura convincentemente la **teoría unificadora**.

El dogmatismo del *consentimiento justificante* (*ante el prisma atípico*), pese a la pléyade de ilustres juristas que lo defienden, hace del hombre libre una especie de rehén dentro su propia libertad, que no puede expresarse con **amplitud satisfactoria**, debido a que no permite la hermenéutica más **restrictiva** del **separatismo sistemático**. Esta división clasifica a la persona humana más como un ente capaz de imponer peligros, amenazas o lesiones al medio social y al Estado, que como apto para **desarrollar** y **perfeccionar** su personalidad, contribuyendo a la formación de dicho Estado de forma más equilibrada social y políticamente hablando. En síntesis, el **separatismo** parece en cierto modo dudar de la capacidad humana de raciocinio y decisión ampliamente satisfactorias (*es decir, en el ámbito del consentimiento en sentido estricto*), mientras el **unitarismo** no lo hace, **aunque** lógicamente tampoco acepte una libertad del hombre sin

---

<sup>417</sup> Entre varios autores se puede leer a COBO/QUINTANAR con referencias en ese sentido, aunque sin la convicción monista (*Instituciones de Derecho penal español... cit.*, p 157).

límites, pues de hacerlo abriría una **ventana** hacia la posibilidad ostensiblemente antijurídica de un comportamiento humano de **anarquía** y **subversión** hacia el **Estado de Derecho**, algo que sería demasiado peligroso por motivos elementales y que debe ser por todos reprochado. Hay intereses del propio titular del bien que necesitan ser **protegidos** contra él mismo (*la vida, en principio y ciertos tipos de lesiones, p.e.*), además de otros con superior valoración para la manutención del equilibrio institucional del Estado (*cuestiones relativas a la seguridad pública: uno que consiente en que le pillen varias pistolas de su colección y salgan a dispararlas por las calles, v.g.*).

El entendimiento de la postura que aboga por la separación, *permisa venia*, **no parece** lo más adecuado para la ubicación sistemática del **conjunto** del *consentimiento* dentro del marco de un Estado social y democrático de Derecho, como efectivamente lo son (*desde lo que expresan sus fórmulas políticas*) países como España, Alemania, Italia, Brasil, Francia, Portugal, etc., donde la **Ciencia penal**, muy particularmente, refleja (*o debe reflejar*) directamente las características estructurales y la propia **ideología** del **sistema jurídico** a que pertenecen<sup>418</sup>. Además de la discreta **delimitación** de Derechos fundamentales, los que incluso, son **inherentes a la propia condición humana**, la restricción del *consentimiento*, ubicándolo en el ámbito de la justificación, parece no acompañar de manera actualmente satisfactoria el proceso de **desarrollo jurídico-cultural** dentro de las exigencias de la civilización **progresista** (*aunque necesariamente responsable*) que representa el mundo hoy día.

Así, **contrariamente** a la **teoría unificadora**, el concepto **separatista** de *consentimiento* no reconoce a la expresión de la voluntad humana la capacidad para promover el efecto de metamorfosis **excluyente** de la tipicidad en el marco dogmático de la teoría del delito, con la seguridad jurídica de que el auténtico **objeto de protección penal** es el **dominio autónomo del titular del derecho**, sea total o parcialmente, conforme lo permita la ley; el ordenamiento. Para dicha teoría monista, este *consentimiento* al menoscabo del objeto (*de lo que resulta la renuncia a la interferencia del Derecho penal y su consecuente alejamiento*) permanece **dirigido** hacia un **bien jurídicamente protegido**, es decir, que la lesión o amenaza ha sido perpetrada de conformidad a la **descripción** del tipo penal que le corresponde. Entonces, una vez

---

<sup>418</sup> En ese sentido, comenta, p.e., BARJA DE QUIROGA en *El consentimiento en el Derecho penal... cit.*, p 3.

atendido el tipo, y porque al concepto **divisor** esto le parece apropiado sistemáticamente, resta analizar y reconocer el *consentimiento* en el ámbito de la **justificación**, interrumpiendo la formación del injusto penal, lo que hacen muy bien dichos separatistas, **aunque** para esto es imprescindible que el objeto, tras dicho *consentimiento*, **todavía** sobreviva bajo protección jurídica, que **ya no acaece** más, y con relieve porque el dominio autónomo del titular del bien es lo que prevalece democráticamente como expresión de Derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Para los dualistas, siempre que haya necesidad de intermediar el **discernimiento satisfactorio**, en la mayoría de los supuestos la protección jurídica al bien disponible, sobre el cual ha **consentido** su titular, permanece generando sus efectos, incluso procesales de sujeción del individuo a la imputación penal inicial (a *excepción de algunos casos de lesiones médico-quirúrgicas*<sup>419</sup>).

Los insignes seguidores del **dualismo**, mayoritariamente y a semejanza de los **unificadores**, reconocen la base constitucional del *consentimiento*, vinculada a los Derechos fundamentales. No obstante, los **separatistas** mantienen el entendimiento de que el consentimiento no elimina la tipicidad, ya que dicha perspectiva asevera que la capacidad de autodeterminarse del hombre (*aunque desarrollando su personalidad y afirmando su dignidad*) en dichos presupuestos está condicionada a una libertad que no le permite el poder para renunciar y alejar el interés penal. Dicha perspectiva separatista favorece el mantenimiento de un intervencionismo estatal **excesivo**, poco democrático (*y sin más convencimiento*), de conformidad a lo que antes hizo este planteamiento hoy día conservador. El separatismo sistematiza dicha libertad humana según sus conceptos de conservadurismo, que son muy **restrictivos**, incompatibles en la actualidad y, sobre todo, dentro del ámbito del Estado de Derecho, social y democrático. La perseverancia dogmático-axiológica de la teoría divisora del *consentimiento* limita la expansión más amplia de Derechos fundamentales, ya que no permite a la persona, consecuentemente, **renunciar** y **alejar**, con **validez** y **eficacia**, el interés penal, de conformidad a su propia voluntad, a sus intereses e incluso, con relieve, cuando esta decisión también puede estar envuelta en un carácter de utilidad muy práctica.

**Además**, no aceptar la atipicidad como resultado del *consentimiento* válido y eficaz es una forma de **proteger** al ciudadano contra sí mismo y de evitar cierta

---

<sup>419</sup> Referencia a ese respecto lo hacen, v.g., JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 400, en n.p 8).

**privatización** del Derecho penal como rama del Derecho público (*ésta, según argumentación antigua del **separatismo**; aquélla, algo todavía mantenido por la doctrina **dualista***). Sin embargo, creo que ninguna de las dos argumentaciones resisten a reflexiones sistemáticas bajo una perspectiva más liberal y políticamente más perfeccionada hoy por hoy y apuntada sintéticamente en esta investigación.

La protección del ciudadano contra sí mismo es **recibida en líneas generales** por todas las teorías que investigan y sistematizan el *consentimiento* y que buscan un Derecho penal más coherente y justo. Sin embargo, el planteamiento **dualista** está de tal modo **preocupado** con dicha protección, que en nombre de su defensa jurídica **ahoga** el Derecho fundamental de la persona de autodeterminarse con libertad (*por lo menos satisfactoriamente*), el de desarrollar su personalidad y el de hacer la afirmación de la propia dignidad humana como un principio de base, incluso supranacional, no obstante procede a la limitación excesiva de esta capacidad inherente al hombre sin un planteamiento dogmático convincente dentro del marco del Derecho penal moderno.

La **protección** del individuo contra sí mismo, como es muy bien planteado por la teoría de los **monistas**, ha de **existir** siempre, incluso como mecanismo de equilibrio entre los intereses del hombre y los de la sociedad y del Estado. Sin embargo, es de gran relieve social y de fundamental interés jurídico-político (*como sigue el planteamiento unificador*) alejar cualesquiera restricciones o sacrificios innecesarios de Derechos fundamentales, siempre que haya **necesidad** de utilizar dicha protección, incluso si acude el jurista al principio de proporcionalidad en su significado amplio, ya que ni la adecuabilidad, ni la exigibilidad y tampoco su aspecto *stricto sensu* acogen sistemáticamente bien aquel mecanismo jurídico restrictivo, ya que el intento primordial de dicho principio es exactamente expandir, y no restringir, esos Derechos de pujanza supranacional.

Acerca de la **privatización** del Derecho público, dicho argumento, al que se refirió MEZGER y también COBO/VIVES<sup>420</sup>, éstos de manera que me parece más ilustrativa, es **poco** (o *nada*) utilizado hoy día en contra del consentimiento atípico (e *incluso justificante*), ya que puede decirse que ha sido superado axiológica y

---

<sup>420</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 492.

jurídicamente, a falta de estructura de sustentación jurídico-democrática y social. Los **valores** que viene imponiendo el progreso social, cultural y político al Derecho ya no son los mismos desde entonces.

Sin embargo, desde luego hago un comentario que me parece oportuno. En pese lo referido en el párrafo anterior, la cuestión de los **Derechos fundamentales**, que necesitan ejercitarse y expandirse hacia un mundo jurídicamente más equilibrado y socialmente más justo, no ha recibido actualmente la atención y el respeto necesarios en este sentido a nivel mundial para su permanente desarrollo; dichos Derechos ya merecieran mejores valoraciones en los ordenamientos jurídicos, sobre todo prácticas. Así, vale la pena decir que de manera sumamente **lamentable** vivimos una realidad global distinta y **no expansiva** de los Derechos fundamentales, lo que implica una preocupante **inseguridad** acerca de los derechos de la persona, incluso en general. Sí, temas teóricos y actividades concretas a ejemplo de la doctrina del Derecho penal del enemigo de JAKOBS<sup>421</sup> (*donde está añadida la máxima persona versus individuo*), del combate al terrorismo, al tráfico internacional de drogas, etc., han expresado propuestas y situaciones reales de tratamiento legal-penal tan extremo, desapiadado y jurídicamente **inadmisible** bajo cualquier prisma humanístico, que hay situaciones en las que los Derechos fundamentales parecen más una conquista hoy día mantenida en el pasado (*un solo ejemplo basta para resumirlo todo: la vergüenza de Guantánamo*); es decir, que el Derecho penal se expande en parte de modo innecesario e inadecuadamente amenazador. Es imprescindible **combatir** la criminalidad que avanza en todo el planeta, pero jamás con el sacrificio sistemático de estos Derechos que integran la propia **esencia** de la civilización humana. Sobre este tema, y por todos, MORILLAS CUEVA<sup>422</sup> **refiere** que “el Ordenamiento jurídico-penal es una de las formas más relevantes de control social dentro de una sociedad estructurada conforme a Derecho”, aunque “no es la única pero sí es, posiblemente, la más intensa en sus reacciones y la más comprometida en relación a las conductas a las que se dirige”. Respecto a la **expansión** del Derecho Penal frente a su **intervención mínima**, este autor cita que “es absolutamente imprescindible buscar fórmulas de concordia entre las dos posibilidades, llevándolas a límites aceptables y racionales en ambos casos”, complementando que “dicha pretensión busca un modelo

---

<sup>421</sup> *Derecho penal del enemigo... cit.*, pp 1 y ss.

<sup>422</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo, en ‘*El Derecho Penal mínimo o la expansión del Derecho Penal*’ – *Revista Cubana de Derecho* – Nº 25, Enero – Junio de 2005 (95/116), Ciudad de la Habana/Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba 2005, p 95.

futurista del Derecho Penal, con ciertos y necesarios anclajes del presente”, debiendo “partir de descartar definitivamente cualquier tipo de forma totalitaria de elaboración de este derecho<sup>423</sup>”.

Los **conceptos jurídicos** tampoco se pueden mantener como efectivos medios para la aplicación de una justicia mejor y más eficaz, sin desarrollarlos al ritmo de los cambios sociales. Si el *consentimiento* atípico pudiera imponer una cierta privatización perjudicial al Derecho penal, lo mismo lo haría el *consentimiento* justificante, y no se podría tratar jamás de *consentimiento* en el ámbito de la Ciencia punitiva, sino del Derecho civil, lo que supondría destruir en este instituto lo que hay más significativo en él desde la perspectiva constitucional: la expresión de la **libertad fundamental de autodeterminarse**<sup>424</sup> de la persona humana, que es un Derecho natural, estructural, de base constitucional-penal; es decir, aun de Derecho público.

**Además de eso**, nada impide estructuralmente la participación de ramas del Derecho privado en el marco del Derecho público (*tampoco al revés*), siempre que esto se haga necesario para el **perfeccionamiento** del equilibrio jurídico, en general o específicamente, lo que de suyo no implica una desfiguración de la personalidad jurídica del ramo del Derecho, que recibe la intervención positiva para su desarrollo y perfeccionamiento. El *consentimiento* es exactamente un **contrapeso** dentro del marco

---

<sup>423</sup> *Idem supra*, p 112.

<sup>424</sup> Cuando se trata de Derechos fundamentales, constitucionales, de su expresión, desarrollo y expansión, se esta tratando también de su delimitación, como recuerdan algunos científicos (en ese sentido COBO/QUINTANAR, pe., en *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p 45). Ello es muy obvio, si partimos de la perspectiva de que en principio ningún derecho es (*ni debe ser*) ilimitado, y si lo fuera pondría en riesgo la seguridad y el bienestar del propio ciudadano (de cuyo colectivismo emana todo el poder democrático y en cuyo nombre es ejercido dicho poder) y consecuentemente el equilibrio del Estado de Derecho. Bajo este planteamiento, la presencia de ciertos límites (o de la posibilidad de imponerlos) a la libertad de expansión de derechos significa racionalmente una manera de proteger dicha libertad contra ella misma, impidiendo la posibilidad de que se produzcan daños sociales irreparables por esta vía, lo que desfiguraría su significado jurídico valorativo-positivo. No obstante, al investigar un Derecho constitucional, fundamental, en el sentido de su perfeccionamiento y expansión, el jurista sólo debe atender a la imposición de límites (o a la posibilidad de hacerlo) cuando dicha expansión constituya una evidente amenaza (o una lesión ya) al Estado de Derecho. No obstante, si dicha expansión amenaza o lesiona otros derechos, el principio de proporcionalidad en su significado más amplio (adecuabilidad, exigibilidad y proporcionalidad *stricto sensu*) es la fórmula político-democrática y social efectivamente más apropiada para solucionar dicho problema real en la actualidad. Empero, con respecto al *consentimiento* sucede algo distinto. Éste no llega a un conflicto de este orden proporcional jamás, porque constituye la expresión de la voluntad libre del titular del bien disponible, posible no en todos los casos, aunque por razones de lógica jurídico-fundamental de poder y no poder, y no de un conflicto cualquiera.

de ese **equilibrio**, incluso con sus características de Derecho público muy expresivas y propias, en orden a la expresión de Derechos fundamentales.

Es también adecuado referir que hay un determinado **valor comunitario** en el contenido conceptual y práctico de bien jurídico<sup>425</sup>. **No obstante**, es exactamente esa cierta importancia comunitaria de dicho objeto jurídicamente protegido, consecuencia de su enfocado contenido práctico-conceptual, lo que también da **vigor** sistemático a que la autodeterminación libre del titular del respectivo bien jurídico disponible pueda causar su cambio dogmático de manera válida y eficaz, a partir de la expresión social **abstracta** aseguradora de la manifestación individual **concreta** y, por lo tanto, colectiva, que significa teleológica y sistemáticamente el ejercicio del *consentimiento*. La base del consentimiento es constitucional y de extremado interés social, comunitario (*aunque dicho consentimiento, respecto a consideraciones axiológico-jurídico-sociales, comienza característicamente con una manifestación aislada dentro de la comunidad*), ya que es un instrumento **incorporado** a la propia condición individual-colectiva (*como partida*) y colectiva-individual (*como respaldo*) del hombre social. Lo que es un derecho-poder de **uno**, es igualmente un derecho-poder de **todos** cuantos pretendan ejercitarlo. Es decir, siempre que una persona humana ejerce su derecho-poder de consentir, con respecto a un bien jurídico disponible dentro de su esfera de libertad, haciéndolo válida y eficazmente, lo que esto expresa al fin y al cabo es una manifestación personal, entre tanto que es socialmente **legítima** como expresión jurídico-cultural y política de dicha comunidad humana, a ella incorporada como un derecho desde su cuna a nivel de Derecho fundamental. En resumen, el individuo consiente personalmente como expresión de relieve social de la colectividad (*Estado*) en que está inserto, y por lo tanto bajo respaldo valorativo **comunitario**, que asegura, todavía más, a dicha disponibilidad.

**Por lo tanto**, el objeto entregado al **menoscabo** por el propio titular del bien disponible jurídicamente dentro de su respectiva esfera de dominio, se pone inmune a la intervención del Estado-penal, de tal modo y como un hecho social y político-jurídicamente normal que, una vez se mantenga la amenaza o la lesión resultante **dentro del marco** de lo que fue consentido, no hay nada con relevancia penal, sino que **es un hecho y sólo un hecho**. La **protección jurídica** en el *consentimiento* penal auténtico

---

<sup>425</sup> JESCHECK/WEIGEND hacen referencia a ese aspecto temático en *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 402.

está en la esfera del **dominio autónomo** del titular del derecho (*igualmente titular del bien renunciado al menoscabo, y no más jurídicamente protegido, tras la mediación del consentimiento*), el cual, imponiendo el valor y el significado constitucional supremo de esta garantía fundamental, aleja en definitiva a la protección penal, según la expresión de su voluntad libre para autodeterminarse.

### 2.1.2 LA CUESTIÓN DEL BIÉN JURÍDICO<sup>426</sup> PROTEGIDO VERSUS EL OBJETO DEL HECHO.

En el ámbito de la teoría del *consentimiento justificante* se mantiene la base dogmática de que la respectiva autorización del titular del derecho es ejercida sobre un bien jurídicamente protegido, conservándole ese **status** durante toda la manifestación comportamental del individuo, incluso en su consumación y sus resultados oportunos, lo que **impide el efecto atípico**, mas no el justificante, es decir, se encuadraría dentro del segundo de los elementos cronológicamente integrantes de la teoría jurídica del delito. Contrariamente, en el marco de la teoría del *consentimiento excluyente de la tipicidad*, es **rechazada**, con extremo vigor sistemático, la existencia de un bien jurídico **tras** dicha deliberación de la voluntad libre, válida y eficaz de su titular. En ésta, lo que se **ofrece** (*como regla*) o se **permite** al menoscabo (*amenazador o lesionador*) es solamente el **objeto del hecho**, y contra él estructuralmente no puede existir tipicidad del comportamiento. La protección legal se ubica directamente en el dominio autónomo del

---

<sup>426</sup> En lo que se refiere a abordar doctrinal y dogmáticamente el tema del bien jurídico, optamos por adoptar y asumir una posición discreta al respecto, a causa de que dicho asunto es demasiado complejo y amplio, bastando, para satisfacer a nuestra investigación, análisis breves, aunque repetidos, tanto en su aspecto teórico como, sobre todo, práctico. Acerca de la cuestión del bien jurídico, seguramente ni todo un Capítulo de esta investigación dispondría de espacio para analizarlo con satisfactoria profundidad, dado al relieve que se le debe conceder. El bien jurídico, por su importancia temática, sus cambios y empleo permanente en el ámbito del Derecho penal se impone además como un objeto muy interesante a nivel exclusivo de Tesis Doctoral, como ya lo han hecho muchos investigadores. Mientras tanto, acerca del tema, entre varios autores de Manuales, etc., se puede consultar con nítidas ventajas a CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 45/81 y 473/475), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 59 y ss), MORILLAS CUEVA (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 81/91), QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 90 y ss y 283 ss), MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 166 y ss), COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 317/328), Díez Ripollés, José Luis (*Política Criminal y Derecho Penal – Estudios, Valencia/España, tirant lo blanc, 2003, pp 13/40*), GANDARA VALLEJO (*Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, pp 11 y ss), JAKOBS (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 50 y ss), JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 274/278), ROXIN (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 52/67 y ss), MOURA TELES (*Direito Penal – Parte Geral... cit.*, pp 46 y 47, RÉGIS PRADO (*Comentários ao Código Penal... cit.*, p 25), etc.



titular del derecho, lo que tiene y mantiene el *status iuris* como **bien** bajo protección jurídica.

COBO/QUINTANAR<sup>427</sup> **representan** la idea **dualista** del *consentimiento*, planteada desde ese momento por la **restricción** a los efectos de la capacidad de autodeterminarse de la persona humana con respecto al poder para cambiar conceptualmente el bien jurídico. Escriben estos ilustres autores españoles que en “el último extremo, la redacción legal del tipo penal de que se trate, configurará la forma de *lesión o puesta en peligro* del reiterado bien jurídico y, ello resultará decisivo a la hora de valorar cuál es la auténtica relevancia del consentimiento y cuáles sean sus diversos efectos y consecuencias jurídicas”.

A su vez, CUELLO CONTRERAS<sup>428</sup> conceptúa el *consentimiento* tratándolo con carácter de **unificación conjunta**, al expresar el cambio normativo del bien jurídico, a partir de la mediación de aquél. El Catedrático de la Universidad de Extremadura enfoca al *consentimiento* como “*el acto de disposición por parte del titular del bien jurídico protegido en el tipo delictivo, en virtud del cual aquél renuncia a la protección y, como consecuencia de ello, decae también el interés del Estado en la persecución penal*”.

En este escenario jurídico, acerca de la **voluntad** del titular del derecho/poder de consentir, es adecuado enfocar a STRATENWERTH, como lo cita ROXIN<sup>429</sup>, en el sentido de que la **expresión de la voluntad** del “afectado” seguramente sería “no solamente significativa para la protección del Derecho’, sino pertenecería ‘también al objeto protegido’”.

Desde luego, y además de otros **argumentos unificadores**, es fundamental decir que el bien jurídico disponible para el *consentimiento* válido y eficaz **no puede** tener importancia superior al **bien jurídico-constitucional** que representa el **derecho-poder de autodeterminarse** (*JESCHECK/WEIGEND, en su Manual de Derecho Penal en defensa del separatismo, se refieren también a “dominio autónomo”*<sup>430</sup>) con

---

<sup>427</sup> *Instituciones de Derecho penal español – Parte General... cit.*, p 156.

<sup>428</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 723.

<sup>429</sup> ‘*Acerca del Consentimiento en Derecho Penal’ –Dogmática Penal y Política Criminal... cit.* p 138 y n.p. 21 (ZStW 68, 1956, p. 43).

<sup>430</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 402.

libertad el titular del derecho, desarrollando su personalidad y afirmando su dignidad humana, lo que aun es un evidente conjunto de **Derechos fundamentales** en el ámbito general de los Estados sociales y democráticos de Derecho. Así, el bien jurídico-constitucional actúa con normalidad superior y eficacia material sobre el bien jurídico, una vez haya mediado el *consentimiento* con validez y eficacia, abarcándolo y cambiando su concepto a nivel complementario para objeto del hecho hacia la configuración del estado lógico y conclusivo de atipicidad.

Es oportuno recordar algunas breves **reflexiones** de VON LISZT<sup>431</sup> acerca del **bien jurídico** y su concepto, inicialmente citando que el Derecho, en su **totalidad**, “existe para el hombre” y que su objeto es “la defensa de los intereses de la vida humana”. Además, prosigue el maestro de la Universidad de Berlín, que un “bien jurídico no es un *bien del Derecho* (como Binding y otros suponen), sino un *bien de los hombres*, reconocido y protegido por el Derecho<sup>432</sup>”. Seguramente, y a su tiempo, ha expresado VON LISZT un evidente y relevante, **análisis** social, político y jurídico con respecto a ese tema tan importante para todo el contexto de la Ciencia penal.

Como una síntesis muy directa en el espacio del *consentimiento* con validez y eficacia penal, por supuesto desde el enfoque de la teoría unificadora y su consecuente actuación en el ámbito del tipo, el bien que jurídicamente **se protege** es la unidad constitucionalmente garantizada entre el **derecho/poder/voluntad**<sup>433</sup> (*autodeterminación libre*) del respectivo titular y el **objeto disponible** que le corresponde y específicamente complementa, dentro del marco de la esfera de dominio autónomo de dicho titular. Es decir, que de manera general es la esfera de dominio autónomo del titular la que más ampliamente representa dicho bien que jurídicamente se debe proteger como expresión de garantía jurídico-legal, resultando dicho suceso sin ninguna característica de tipicidad.

Sin embargo, el *consentimiento* válido y eficaz no está envuelto en un conflicto de intereses ni de valores (*tampoco en una necesidad*), sino que ostenta el

---

<sup>431</sup> *Tratado de Derecho Penal – Tomo Segundo... cit.*, p 6 y n.p. (1).

<sup>432</sup> *Idem supra*.

<sup>433</sup> RUDOLPHI, citado por ROXIN en ‘*Acerca del Consentimiento en Derecho Penal*’ – *Dogmática Penal y Política Criminal... cit*, p 137, resume a ese aspecto como “potestad de disposición” del respectivo titular del derecho.

significado y el poder jurídico-constitucional de **expresar** la **renuncia absoluta** a la protección del Derecho penal, a través de la voluntad del titular de un determinado bien jurídico, dentro de su respectiva esfera de disponibilidad legítima, lo que implica un cambio conceptual básico de dicho bien a la condición de objeto del hecho. De esta transformación (o **perfeccionamiento conceptual y factual del bien jurídico en objeto del hecho**) resulta con objetividad que el suceso no puede dar causa a una imputación penal cualquiera, como expresión que sería de la **persecución** estatal.

La **relación** jurídica entre el sujeto y el objeto (y *viceversa*) del hecho es mantenida regularmente por toda esa **metamorfosis sistemática** a la que es sometido el bien jurídico. Ello tampoco origina dificultades a dicho cambio conceptual, sino que mantiene y asegura condiciones jurídicas apropiadas a esta modificación, de las cuales necesita el *consentimiento* para que pueda operar con evidente seguridad dogmática como causa excluyente de tipicidad. En **cambio** del concepto de bien jurídico para objeto del hecho resulta una **consecuencia** muy lógica del equilibrio jurídico-sistemático más justo entre la libertad de la persona y la intervención del Estado formalmente interpretado.

Además, la persona humana no tiene el deber jurídico de hacer o dejar de hacer algo, sino cuando la ley **expresamente** lo determine. Esto es una verdad muy concreta, siempre que se habla dentro del sistema de un Estado de Derecho **democrático y garantizador**. Por lo tanto, el poder del titular del derecho para alejar la protección penal, desde cuando medió el *consentimiento* y cambió el significado dogmático de bien jurídico para objeto del hecho, es una pujante realidad constitucional, lógico-sistemática y teleológica, sobre todo.

Al fin y al cabo, recuerda muy bien NEY MOURA<sup>434</sup> que es cierto que el Derecho penal “no puede interferir a todo momento, sino donde sea indispensable su presencia, solo pudiendo actuar en defensa del bien jurídico”. **Empero**, cuando se habla del *consentimiento*, válido y eficaz como instrumento jurídico, ya **no se está reportando** a bienes jurídicamente protegidos, sino a objetos del hecho, cuya protección penal ha sido renunciada libremente por su titular.

---

<sup>434</sup> *Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 47 (el original: “Não pode interferir a todo o momento, nem onde não seja indispensável, e só pode atuar para proteger o bem jurídico”).

## 2. 2 UNIFICACIÓN SISTEMÁTICA DEL ACUERDO Y DEL CONSENTIMIENTO COMO CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE TIPICIDAD, A TRAVÉS DEL CONSENTIMIENTO (AUTÉNTICO) AMPLIO.

Aunque la cuestión dogmática con respecto al **acuerdo** no es **exactamente** divergente entre los científicos, sino satisfactoriamente **pacífica** en cuanto a sus efectos jurídicos atípicos, interesa a esta investigación tratar de la **unificación sistemática** del *consentimiento en general*, como un **auténtico conjunto**, es decir, de la certeza **del acuerdo y del consentimiento en sentido estricto** con un sólo efecto en el marco de la **teoría dogmática del delito**: el de instrumento jurídico **excluyente** de la **tipicidad**.

Dicho planteamiento, con sus perspectivas iniciales, tuvo como **pionero** formal a ARMIN KAUFMANN<sup>435</sup> en comienzos de la década de los 70 del siglo pasado, no obstante hoy día se haya desarrollado de modo **más convincente** el razonamiento a dicha ubicación como **causa de atipicidad**, que recibe perennes nuevas contribuciones de los adeptos del **monismo**, aunque frente a una resistencia, sin más grandes significaciones (*con todo respeto*.) de los eminentes seguidores del dualismo.

Es seguro afirmar que ya no aparenta **sentido dogmático** ni **significado lógico-convincente** mantener cualquier **distinción sistemática** acerca del acuerdo y del *consentimiento stricto sensu*, sino realmente **ubicándolos de manera conjunta** como causas unísonas de **exclusión de tipicidad** en el ámbito de la **teoría jurídica del delito**, lo que implica resultados, además de **materialmente positivos**, igualmente de **alejamiento procesal**, es decir, **de no imputación penal**, siquiera cronológicamente inicial. Pese a ello, en el marco específico de sus configuraciones estructurales propias, se puede **respetar** metodológicamente a cada uno de ellos (*acuerdo y consentimiento estricto*) en sus características estructurales **distintas**, incluso para efecto de una mejor comprensión aislada suya, también histórica, lo que fortalece el planteamiento **unificador**.

Anteriormente lo he referido de manera reiterada, pero comprensiblemente dispersa, por eso es preciso plantearlo ahora de modo más armonizado en esta

---

<sup>435</sup> En ese sentido, v.g., CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, 725); MAURACH/ZIPF (*Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 286).

**introducción unificadora** de la perspectiva jurídico-valorativa: el *consentimiento*, como **un conjunto** indudable de **causas excluyentes de la tipicidad**, se puede dividir en **tres categorías** (*grados, grupos, rangos o niveles*): **1)** el *consentimiento* de **primer** grado: depende únicamente de la expresión de la **voluntad natural** del titular del derecho de disponer (*también los separatistas en general lo llaman “acuerdo”, aunque ciertos destacados científicos españoles prefieran la terminología “conformidad”, mientras algunos otros adoptan “consentimiento atípico”*); **2)** el *consentimiento* de **segundo** grupo: necesita de la manifestación de la **voluntad natural con discernimiento mínimo** del titular del bien jurídico originalmente protegido (*una parcela de la doctrina igualmente lo llama “acuerdo”, mientras otros “consentimiento atípico” y todavía terceros “consentimiento justificante”*); y **3)** el *consentimiento* de **tercer** rango: exige la **voluntad natural con discernimiento satisfactorio** (*los separatistas lo adoptan como causa de justificación y también lo llaman “consentimiento en sentido estricto”*). En este tipo de *consentimiento* residen las **principales** distinciones entre los postulados de las teorías dualista y monista.

Lo cierto es que las tres categorías de *consentimiento* **representan** expresiones de la voluntad humana **renunciando** a la **protección** del Derecho penal, con **validez y eficacia atípica**, lo que reiteradamente se plantea como certeza sistemática en toda esta investigación, ubicada dentro de la teoría jurídica del delito. Conviene decir, **además**, que no hay un *consentimiento auténtico* que no sea excluyente de la tipicidad, en cuanto para obtener y mantener dicha autenticidad es imprescindible que esté dentro del marco de los requisitos a que me refiero a lo largo de esta investigación, reafirmando también su importancia en el sentido de que el propio titular **debe** expresar su voluntad.

POLAINO-ORTS<sup>436</sup>, en lo referente al acuerdo y al *consentimiento* en sentido estricto, ambos **con actuación en el tipo**, merece ser citado en conclusión a este ítem: “a nuestro juicio carece de sentido considerar que, frente al acuerdo, el consentimiento deja inmune la lesión típica. El consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero, presupone el derecho de

---

<sup>436</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. ‘*Alegato en favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad*’ (163/204) – *Cuadernos de Política Criminal* – segunda época. Zaragoza/España, CESEJ (Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas), nº 82, 2004, p 197.

*autodeterminación* del sujeto: ambos (acuerdo y consentimiento) afectan a la tipicidad de la acción”.

## 2.2.1 AÚN SOBRE LA SEGURIDAD DOGMÁTICA Y LA ARGUMENTACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL CONSENTIMIENTO ATÍPICO EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL.

Es **oportuno** e **importante** señalar que la teoría del **conjunto** del *consentimiento*, como **causa excluyente de la tipicidad**, se expresa con **tres** otros **argumentos**, que son también directamente determinantes para dicho entendimiento.

En **primer** lugar, el *consentimiento* ha sido tratado como una especie de **cuerpo extraño**<sup>437</sup> (*un tipo metafórico de embarazo disforme*) entre las causas de justificación, lo que es estructuralmente muy apropiado, ya que dicha **renuncia** a la **protección penal del bien jurídico**, y en **cierto modo al propio bien jurídico**<sup>438</sup>, por su titular contiene un mecanismo **distinto** de actuación en el ámbito de la dogmática penal demasiado **peculiar** e incluso **antecede característica y cronológicamente**<sup>439</sup> a las manifestaciones tradicionales de las causas de justificación (*legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho*).

El mantenimiento del *consentimiento* entre las causas de justificación **interfiere** incluso en la estructuración de una **base jurídica unificada** para **todos** los casos de **justificación tradicionales**, que se asemejan indudablemente, a partir de los principios de **ponderación de intereses** (*de ese conflicto resulta normalmente el interés preponderante*) y de **necesidad** que los acogen. En el caso del *consentimiento* su **derecho-poder** se fundamenta de manera evidentemente distinta, es decir, en la **autodeterminación constitucional** de la **voluntad libre** del titular del bien jurídico.

---

<sup>437</sup> También así, v.g., ROXIN, (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 521); MAURACH/ZIPF (*Derecho penal – Parte genera – I... cit.*, p 286).

<sup>438</sup> Aunque jamás como un auténtico abandono, ya que esto significaría un total alejamiento dogmático del propio titular del bien jurídicamente disponible de dicho objeto (*una expulsión absoluta de su esfera de dominio*), lo que impediría jurídicamente que pudiera suspender o incluso desistir del consentimiento, antes que se realizara la acción autorizada.

<sup>439</sup> Es cierto que alguna que otra vez el consentimiento puede surgir cuando está en curso el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber, aunque siempre que esto suele ocurrir la mediación del consentimiento tiene preponderancia estructural, asumiendo el mando del suceso.

Como indica ROXIN<sup>440</sup>, el maestro de la Universidad de Munich, donde “es posible un consentimiento eficaz, precisamente ya no se efectúa una ponderación conforme la situación individual”, y **tampoco** una **necesidad**, sino una **entrega**, consecuencia de la **renuncia** a cualesquiera protección del Derecho penal. Así, no hay “una contraposición de intereses” ni “la necesidad o incluso sólo racionalidad del consentimiento” a que pueda “aun ser examinada y ponderada en comparación con el valor del concreto objeto del hecho”.

En **segundo** lugar, el **acuerdo**, tras su producción con GEERDS<sup>441</sup>, excluyendo la **tipicidad** en el ámbito de la teoría dogmática del delito (*acerca del que ya no hay divergencia dogmática que merezca referencia cualquiera, sino una idea unificadora y pacífica de atipicidad a su respecto*), por sí sólo fue tornándose **incapaz** de solucionar todas las **situaciones jurídicas concretas** que le fueron surgiendo y acumulando, cada vez **más complejas**.

Acuerdo y *consentimiento* ya no expresaban características atípicas y justificantes completamente definidas y jurídicamente acogidas con unanimidad científica. Ello, bajo la pujanza **constitucional** de la **libre expresión** de la **voluntad de la persona humana**, que se expandió impulsando las soluciones correspondientes hacia el marco del **tipo** en los Estados sociales y democráticos de Derecho, lo que inevitablemente **dirigió** el tema como un **conjunto a la atipicidad** sistemática, incluso como una forma muy comprensible de **expansión** de **Derechos fundamentales** dentro de la propia teoría del delito.

En **tercer** lugar, seguramente, el aspecto **jurídico-dogmático** indudablemente más **decisivo** para la ubicación del *consentimiento* en el ámbito de la **tipicidad**, **unificando** la **sistematización** de su **conjunto** respectivo dentro de la **teoría del delito** – *lo que es el objeto principal de investigación en este trabajo* –, es muy definido estructuralmente y jurídicamente. Es decir, que como **resultado** de la **afirmación** de la **renuncia** de **base constitucional-penal** y de **Derechos fundamentales** del titular del bien jurídico-penalmente protegido a dicha protección, e

---

<sup>440</sup> *Derecho Penal – Parte General...* cit., p 522.

<sup>441</sup> Su partida jurídica fue el *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten* (1953), antes referido y citado.

incluso al propio bien a nivel de objeto jurídicamente protegido, lo que era un bien protegido es sometido por dicho titular a una **metamorfosis jurídica** muy evidente, asumiendo su nuevo *status* como mero **objeto del hecho**, incluso porque en dichos casos lo que es efectivamente el bien protegido jurídicamente es el dominio autónomo del titular del derecho sobre una determinada esfera de poder.

Ese raciocinio implica que tanto en la **acción** como en el **resultado** no hay que **hablar** ni **considerar** la **práctica** de un **ilícito penal** cualquiera, ni siquiera con respecto al sencillo comportamiento humano inicial, porque el interés punitivo ha sido ya **alejado** desde la **atipicidad formal**, cuando **medió** la **expresión** soberana de la voluntad de la persona a través del *consentimiento* sobre un bien disponible individual y legalmente, con **validez** y **eficacia**. Así, la **acción** fue perpetrada sin ningún carácter elemental típico y en el objeto del hecho (*no en un bien jurídico*) y que el **resultado**, por consiguiente, se concretizó, del mismo modo, sin amenazar ni lesionar un bien protegido jurídico-penalmente, sobre algo sobre acerca de lo cual ya no había **ningún interés penal** de su titular tras formular su consentimiento.

Además, es difícil imaginar una voluntad que sea o resulte lesionada, sino **afirmada**, en el ámbito de un *consentimiento* eficaz, es decir, cuando ejercida por su propio titular y exprese su indiscutible interés en tener aquel objeto determinado y disponible sometido a un menoscabo<sup>442</sup>.

El *consentimiento* destructor del tipo implica una **trilogía** lógico-jurídica muy perspicaz: primeramente, el **acto** de **consentir** de la persona humana titular del bien protegido jurídicamente y disponible en el sistema o en la ley (*expresión de elemento estructural endógeno inherente a la personalidad del individuo*); después, la **afirmación** de la **renuncia** a la protección jurídico-penal a dicho bien, o al objeto disponible en su condición de bien jurídico (*elemento secuencial externo*); y finalmente, el **alejamiento** del Derecho penal (*concretización exógena del desarrollo de la personalidad y de la relevancia de la dignidad humana*). La suma jurídico-sistemática de esta operación dogmática, al fin y al cabo implica un suceso sin condiciones jurídico-penales de **ser imputado**, ya que **no hay tipicidad** siquiera.

---

<sup>442</sup> En ese sentido, v.g., CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 725 y ss); ROXIN (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 521).



La pujanza del *consentimiento amplio*, válido y eficazmente **excluyendo la tipicidad** sin más distinciones dogmáticas innecesarias, es una segura **expresión constitucional** en general de la libertad de acción (*autodeterminación o dominio autónomo de una esfera de organización*) y del desarrollo de la personalidad<sup>443</sup> de la propia ciudadanía, por lo menos indirectamente, como un conjunto de legitimidad humana y de afirmación de su dignidad, desde su marco individual hacia el escenario colectivo, lo que debe ser objeto de valoración positiva por parte Estado de Derecho con sus **efectos muy claros** en el ámbito de la teoría jurídica del delito. En síntesis: una vez haya mediado dicho *consentimiento* es oportuno, democrático, social, política y jurídicamente respetar la expresión de la voluntad libre de la persona (*su Derecho fundamental de autodeterminarse*) y **no hablar más de bien jurídico**, sino de **objeto del hecho** como expresión de ese derecho-poder constitucional. Como tal, mediando el *consentimiento*, lo que es **característicamente** un bien disponible, aunque jurídicamente protegido, pierde este **status** jurídico (*de protección*), a causa de la **evidente renuncia** que significa ese acto personal de consentir, incorporando un cambio muy claro y una nueva clasificación como indudable **objeto del hecho**, este tipo de consentimiento es, reitero, una manifestación de afirmación de la voluntad libre y de la soberanía personal del titular de dicho bien en aquellos presupuestos – *expresión de su libertad de acción, del desarrollo de su personalidad y del reconocimiento axiológico y creciente de su dignidad como persona* –.

Al consentir, se torna el propio titular del bien directamente responsable (*por lo mínimo exclusivamente como autor intelectual*) por el menosprecio resultante, sea parcial o incluso total a dicho bien, por lo que poco importa la intensidad de la amenaza o de la lesión en el ámbito de ese raciocinio de lógica progresista y de equilibrio entre el **intervencionismo estatal** y la **libertad del individuo**. La entrega del bien disponible al menoscabo **rompe con el interés del titular en su protección** por el Derecho penal, no pudiendo más el Estado intervenir para mantener dicha protección, la que, a causa del *consentimiento* expresado, no es más **jurídicamente impuesta** (*lo que sería mantener un intervencionismo puro*), sino que resulta **jurídicamente ofrecida**, para el caso de intentar revocarla el titular del bien. El titular de ese derecho-poder aun es el ejecutor material, a su vez, por lo mínimo indirecto de su propia voluntad expresada como forma verdadera de

---

<sup>443</sup> En ese sentido, p.e., ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 517.

desarrollo de su personalidad, ya que la actividad del autor propiamente dicho es un medio de concretización de la expresión del *consentimiento* de aquél, el cual es el verdadero señor del **bien disponible**; el que tiene el **poder jurídico-constitucional** asegurado para decidir sobre consentir o no consentir, de conformidad a su voluntad **sin vicios insanables**. Se concluye, bajo esa perspectiva y justa valoración de la expresión de la voluntad humana, y ahora de manera amplia natural, mínima o satisfactoriamente discernida, que sobre lo que **fue** en su estado original **un bien jurídicamente protegido**, mientras no medió el *consentimiento*, se ha alejado por completo el interés penal, tras desaparecer el desvalor del resultado y el desvalor de la acción<sup>444</sup>.

### 2.2.2 SOBRE LA TIPICIDAD.

De conformidad a la **teoría unificadora**, en general el *consentimiento* actúa en el ámbito de la **tipicidad**, destruyendo la imputación penal. Respecto al cuyo primer elemento estructural de la teoría dogmática haremos aquí algunos otros comentarios, aunque muy breves para mantenernos cerca del tema central de esa investigación.

Ese elemento **estructural e imprescindible** para formación de la **idea existencial del delito** describe los comportamientos jurídica y penalmente relevantes (*conductas penales; contiene los tipos de injusto*), lo que es acogido como manifestación metodológica en las **Partes especiales** de los Manuales de Derecho penal, y su gran importancia es enfocada, *verbigracia*, por JESCHECK/WEIGEND<sup>445</sup> en el sentido de que “las formas de comportamiento antijurídico merecedoras de pena se encuentran recogidas en las descripciones especiales de los delitos a las que se denominan *tipos*”, lo que es un imperativo de “seguridad jurídica”. Refiriéndose a la Teoría general del Derecho, complementan dichos juristas alemanes que el término “tipo alude a la totalidad de los presupuestos para el acaecimiento de una consecuencia jurídica<sup>446</sup>”.

---

<sup>444</sup> En ese sentido, p.e., ROXIN (*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, 140 y, también el mismo, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 519), el que todavía incorpora a ZIPF de “manera especial” (misma Obra, n.p 25); CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, concepto de la p 722, *in fine*).

<sup>445</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 261, al tratar en del “tipo como tipo de injusto”.

<sup>446</sup> *Idem supra*.

La **tipicidad**<sup>447</sup>, (*la que contiene la acción humana*), una vez sea apartada del escenario que esté analizando el jurista, a partir de la **eficacia de la atipicidad** del *consentimiento* del titular del bien jurídico disponible, no más se puede considerar de relevancia penal a la actividad (*acción ni resultado*) en cuestión; es decir, que antecediendo el *consentimiento* a la acción o realización del hecho **no puede haber ninguna consecuencia penal**. Además, bajo el aspecto dogmático y sus efectos procesales hacia los sujetos, es indudablemente **más importante y materialmente eficaz** comprobar y reconocer jurídicamente a la **tipicidad** que a la **justificación**, debido a que sin dicho **primer elemento estructural de la teoría jurídica del delito**, tampoco hay más que referir en término de imputación penal y del propio proceso. Éste, si ya existía contra el autor, *debe* ser finiquitado por el juez tan pronto se advierta la causa de exclusión de tipicidad, de la misma manera que no debería dar comienzo dicho proceso si se conoce que no existe tipicidad.

#### 2.2.2.1 CONSIDERACIONES RESPECTO AL CONSENTIMIENTO EN EL MARCO DE LA DIMENSIÓN LOGICO-VALORATIVA DE LA TIPICIDAD.

El tipo sólo es posible afirmarlo como realizado de conformidad al principio constitucional de legalidad, **después de identificados sus elementos** en una determinada conducta. Cualquier fallo en dicha formación y perfeccionamiento **conlleva** la “negación del tipo o negación de la realización del tipo<sup>448</sup>”. Señalan, *verbigracia*, COBO/QUINTANAR<sup>449</sup>, que “el primero de los elementos del tipo lo constituye el bien jurídico protegido, o si se quiere, el contenido de injusto de la figura concreta de que se trate”, lo que implica asegurar, sumariamente, que **sin actividad contraria a un bien jurídico**, desde luego **no hay tipo**. Aún con cita a COBO/QUINTANAR<sup>450</sup>, se deben

---

<sup>447</sup> Acerca del tipo de injusto COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 310) ofrecen un concepto pacífico en la doctrina: es “el conjunto de características que determinan el injusto específico de cada figura de delito, con independencia de que existan discrepancias sobre cuáles sean estas características integradoras del tipo”. Y añaden que “el tipo de injusto es el concepto básico del sistema del delito, pues determina, positiva y negativamente, todo cuanto interesa al Derecho penal. Todo hecho que no corresponda a un concreto tipo de injusto es penalmente irrelevante. Y, a la inversa, todo hecho que realice un tipo de injusto contiene ya, sólo por eso, e independientemente de que pueda, en definitiva, resultar o no punible, una significación jurídico-penal” (*idem Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 312).

<sup>448</sup> Así, p.e., COBO/QUINTANAR, en *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p145. En el sentido del texto, v.g., los mismos COBO/VIVES, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 447, etc.

<sup>449</sup> *idem supra*.

<sup>450</sup> *Ibidem supra*.

“excluir del ámbito de la tipicidad todos aquellos comportamientos que o no lesionan o no pongan en peligro el bien jurídico protegido, a pesar de que el resto de elementos del tipo se den en el caso concreto”. Y, una vez que **mediando el consentimiento ya no hay bien jurídico**, sino objeto del hecho, resta que la acción, aunque pueda para algunos juristas expresar inicialmente la idea general de un comportamiento descrito en la ley como típico, ha sido dirigida contra un objeto **sin protección jurídico-penal**, lo que implica una obvia negación del tipo.

Entonces, una conducta puede contener algunas exigencias exteriores contenidas en una determinada descripción de tipo legal, aunque evidentemente **no basta esto para reconocerse la tipicidad** si de esta certeza **no hay y tampoco** resulta lesión ni puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido, **sino que sólo hay un objeto del hecho** (v.g., *una persona que consiente en someterse a una cirugía cosmética*), pues el *status* de bien jurídico fue alejado por el consentimiento de su titular, impidiendo la formación del tipo. El *consentimiento* eficaz hace del bien protegido jurídicamente un **objeto de menoscabo** y nada más, que no puede propiciar una **relevancia jurídico-penal** dentro de la propia tipicidad, por lo que resulta ausente el contenido de injusto con el cual, sólo entonces, el acto podría contener características penalmente relevantes, aunque indiciarias.

“No hay delito sin tipo”, en fin, y “sólo lo que queda dentro del ámbito del tipo de injusto puede desencadenar consecuencias jurídicopenales”, añaden COBO/VIVES<sup>451</sup>. Las dimensiones **lógico-valorativa** (*con obvio y fuerte contenido axiológico*) y **fáctica**<sup>452</sup> desarrollan una función obviamente fundamental en la configuración del tipo de injusto, y la falta de cualquiera de ellas impide el reconocimiento de la tipificación. La primera de las dimensiones (*lógico-valorativa*) del tipo “queda excluida en las conductas carentes de lesividad, o mejor dicho, en aquellas a las que falta lesividad típica, exigida por la figura penal<sup>453</sup>”. La primera dimensión de la tipicidad exige

---

<sup>451</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, 447.

<sup>452</sup> Sobre la dimensión fáctica, como la plantean sobre todo eminentes dualistas (que normalmente resulta excluida cuando le falta al hecho la acción, el nexo causal, el resultado, los sujetos, el objeto material, los elementos subjetivos o las situaciones típicas, que son sus elementos característicos), en esta investigación no la dedicamos el mismo interés que a la lógico-valorativa, debido a su distinta importancia (y menor interés momentáneo) para el consentimiento tal como lo estamos planteando. Mientras tanto, con la mediación del consentimiento hay una conducta (formalmente atípica), un nexo causal (sin estructura para imputación), un resultado (sin importancia penal), etc.

<sup>453</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, *idem* p 447.

la existencia de un bien jurídico bajo protección penal contra el que se dirija la acción del autor. Si no hay bien jurídico, lógicamente que resulta **inidóneo** el contexto material típico.

Cuando acaece el **cambio** del bien jurídicamente protegido y disponible en **objeto del hecho tras su renuncia** por el titular, a través del *consentimiento* válido y eficaz, resulta que la acción humana, de manera **inicial** y meramente **fáctica** correspondiente al tipo descrito en la ley y practicada por el autor, se dirige **contra el mero objeto del hecho** y no contra lo que, sin la mediación de dicha y efectiva renuncia, sería un bien jurídicamente protegido, lo que aleja cualquier posibilidad de imputación penal, porque efectivamente no tiene cualquier elemento para imputar. Por supuesto, **no hay amenaza y mucho menos lesividad ya desde el simple comportamiento inicial del autor**, que no menoscaba a ningún bien jurídico desde la mediación del *consentimiento*, lo que implica la **exclusión de la dimensión lógico-valorativa** en la formación del tipo.

**Sin embargo**, merece referencia el sentido de **dimensión fáctico-jurídica** bajo el prisma monista actualmente más democrático y social, lo que implica algún relativismo de los conceptos dualistas que corresponden a esta dimensión.

En cuanto al elemento estructural fáctico de interés más inmediato para esta investigación, una vez vinculado a la **construcción** material elemental y a la **armonía** interna del tipo penal, ¿se puede afirmar que se haya realmente configurado la **acción**, en su significado teleológico y técnico, según el tipo descrito, bajo dicha perspectiva unificadora liberal (*y jamás libertina*)? Contesto que una vez haya mediado el *consentimiento eficaz*, la propia condición de acción menoscabadora del objeto del hecho pierde también (*en el conjunto sistemático*) su significación dentro del marco fáctico-descriptivo de la tipicidad. Es como si no existiera una acción en ese aspecto fáctico, porque no hay una acción de interés penal cualquiera por no haber existido en su expresión jurídico-típica, sino una mera actividad humana incorporada **legítima** y **constitucionalmente** al comportamiento socio-político normal de la ciudadanía, que no corresponde al sentido mecánico siquiera de la descripción de aquél tipo respectivo. Es decir, que en el ámbito del *consentimiento*, la acción que se ha practicado no es la acción que describe el tipo penal-comportamental, por tanto no hay cualquier acción en el sentido

del tipo descrito, sino una actividad para el desarrollo de la personalidad del titular del derecho, como expresión de Derecho fundamental. De ello **resulta** que tanto el bien menoscabado fue un sencillo objeto del hecho como la acción para su menoscabo nada en absoluto tiene que ver con la acción a que se refiere la ley, lo que implica que ya no hay en este contexto acción que pueda expresar la conducta a que se refiere la descripción del comportamiento humano en el sentido legal-formal de tipicidad.

#### 2.2.2.2 LOS EFECTOS DEL *CONSENTIMIENTO* EN EL ÁMBITO DE LA TIPICIDAD.

La **tipicidad penal**, con respecto específicamente a la **actividad** del autor y a las **condiciones** para su efectivo perfeccionamiento contra la norma protectora del bien jurídico respectivo, se parte desde una perspectiva **formal**, lo que significa la **conformidad** del comportamiento del agente con la descripción aislada del tipo de acción u omisión contenido en un determinado precepto legal (*atender al comportamiento homicida, sustraer cosa movable de tercera persona, practicar los actos descritos en la ley que indiquen una violación sexual, lesionar físicamente a uno, etc.*).

Sin embargo, es oportuno recordar que hay situaciones en las que el aspecto **formal** del tipo es atendido, pero no en su significado típico, es decir, como enfatizan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN<sup>454</sup>, “que ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social” (*un padre que castiga a su niño actúa de conformidad a la descripción del tipo, aunque los daños causados contra el chico no perfeccionen el tipo materialmente, a causa de la adecuación social del comportamiento paterno, no obstante el padre deba castigar a su hijo con moderación; la invitación a una funcionaria para una copa por la noche, tras regalarle rosas, no implica, por sí solo, la configuración material del tipo del art. 184 del CPE<sup>455</sup>, aunque se pueda analizar bajo su descripción literal, etc. – dichas acciones “se estima que, por ser comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos<sup>456</sup>”). Mientras tanto, el *consentimiento* va **más allá** del desvalor jurídico-penal de la lesión,*

---

<sup>454</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 255.

<sup>455</sup> Al acoso sexual en Brasil le corresponde la conducta descrita en el art. 216-A del respectivo CP.

<sup>456</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, *idem* p 255, todavía añadiendo comentarios a la teoría de adecuación social hasta la p 256.

pues en él no hay lesión y tampoco acción (*ni mismo aislada*) el los términos de la descripción típica.

El *consentimiento* implica, más que una adecuación social, una auténtica **incorporación** (*normalidad*) al pleno **acuñamiento jurídico-social y político-constitucional** de la **autodeterminación** (*libertad*) de la persona, a través de su voluntad satisfactoriamente expresada, y ayuda su desarrollo, tras la mediación válida y eficaz de dicho instituto. De lo anterior, por su amplitud y sus efectos naturales, resulta que el *consentimiento* es una expresión de Derecho fundamental, cambiando el comportamiento del agente (*típico en otras circunstancias*) en un mero acto humano, que no contiene significación para considerarlo siquiera dentro de la actividad formal-inicial del tipo. Es fundamental decir que un comportamiento humano que pueda corresponder a la mera descripción de una conducta legal-típica, **por si sólo no significa** que esté de acuerdo exactamente a dicha mera actividad siquiera (*lo que ya implicaría reconocerle algún valor jurídico-penal con base en el tipo que le corresponda*), y todavía menos al tipo en su significado jurídico-penal, si está plenamente incluida en el medio social como un hecho legítimamente suyo, a partir de la libertad constitucionalmente asegurada como expresión de Derecho fundamental. Es decir, que la conducta humana no se puede considerar como actividad contenida en el tipo, ni siquiera simbólicamente, pues dicha acción es enteramente político-constitucional y socialmente inmunizada contra cualquier interferencia penal. No hay **que hablar de tipo**, de tipicidad o de tipo de injusto, sino de **negación de la realización plena del tipo**, a causa de su alejamiento sistemático desde la formación del primer elemento que lo integra, lo que es asimilable incluso en la rechazable doctrina de los **elementos negativos del tipo**<sup>457</sup>, que expresa un análisis muy peculiar.

---

<sup>457</sup> La “teoría de los elementos negativos del tipo” es defendida desde Alemania, v.g., por ARMIN KAUFMANN, MERKEL y FRANK, ENGISCH, etc. A ella se refieren ROXIN y el propio ENGISCH como “teoría de los elementos limitadores del tipo”, ya que las causas de justificación no sirven exactamente para negar, sino para delimitar (racionalizar) la auténtica amplitud del tipo pleno de injusto. Dicha teoría “lleva a sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano” y elimina el delito también a través del tipo. Es decir, defiende aguerridamente el tipo como un juicio de valor definitivo (no provisional), concluyendo que la forma exclusiva de alcanzarlo es aceptando que la tipicidad implica la presencia subsiguiente de la antijuridicidad y ésta implica la presencia antecedente de aquella. O sea, se produce una fundición de los dos elementos, lo que implica que la ausencia de uno de ellos debe aniquilar la posibilidad existencial del otro. Entonces, la presencia cierta de elementos de licitud (*legítima defensa, estado de necesidad*) cambia dichos elementos en negativos del tipo. Respecto a este tema, por todos, escribe MIR PUIG en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 163. CASAS BARQUERO (*El Consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 40 y 41), a su vez, expresa la perspectiva de que “dependiendo de la posición del consentimiento, problemas como los del error o la determinación de la estimación de la consumación, vendrían a tener o no soluciones parejas a

Así, en el caso del *consentimiento* amplio, válido y eficaz, la tipicidad ya es **interceptada** en su **etapa inicial**. En él, el ámbito del comportamiento **formal**, además de **no poseer** características humanas que se adecuen a la conducta que exactamente describe el tipo penal (*a causa del ejercicio del Derecho fundamental de autodeterminarse de la persona*), tampoco se dirige lógicamente y dogmáticamente en contra de un bien **jurídicamente protegido** (*cambio hacia objeto del hecho a causa del ejercicio de la libertad humana jurídicamente válida y eficaz*) y que permanezca como tal por lo menos en dicha etapa.

Se deduce que, al mediar el *consentimiento*, la mera **actividad humana** no afronta el Derecho penal de cualquier modo, pues no corresponde siquiera al **tipo formal de comportamiento inicial**, ya que ese comportamiento consentido está apartado de la conducta propiamente descrita y no se practica dicha conducta contra un bien jurídicamente protegido, sino contra el **objeto del hecho** (*la “opinión contraria confunde objeto del hecho con bien jurídico”, recuerda ROXIN<sup>458</sup>, refiriendo y criticando al entendimiento separatista*), tras el cambio dogmático. Ello es de **notable** importancia para el relieve de ese **entendimiento unificador**.

Así, en lo que al *consentimiento* auténtico se refiere, además de otras consideraciones científicas en general (*jurídicas, axiológicas, sociales, políticas*) es seguro afirmar que específicamente a causa conjunta del fallo de la **dimensión lógico-valorativa** e incluso en ciertos aspectos igualmente de la **fáctica** (lo que implica consecuente defecto estructural-jurídico desde la **etapa comportamental-formal** de la **tipicidad**), la diferenciación sistemática entre **acuerdo** y *consentimiento* pierde su **significado dogmático** convincente. La consecuencia de esto es el efecto **excluyente** de la **tipicidad** para **todos los grupos de casos** en el marco del *consentimiento* auténtico, si bien, y por extrema seguridad jurídica, siempre que se dé la **validez** y **eficacia** de dicha expresión constitucional y de Derechos humanos de la voluntad.

---

las sustentadas por la teoría de los elementos negativos del tipo”, lo que a mi juicio parece algo doctrinalmente demasiado expansivo, a causa de la estructura definida de la teoría del consentimiento unificador, resultando que el error excluye característicamente la culpabilidad mientras el momento de la consumación se estima basándose en elementos concretos, directamente con tipicidad o no, dependiendo de la mediación eficaz del consentimiento.

<sup>458</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 517. También el propio ROXIN en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ – Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 136.



### 2.2.3 LA LEGALIDAD PENAL-CONSTITUCIONAL DEL CONSENTIMIENTO.

Lo que no contiene previsión de reproche legal-penal en el tiempo de su realización **no es un delito** ni tampoco una **falta**<sup>459</sup>. Ello implica que no hay **pena**<sup>460</sup>, **peligrosidad** y tampoco **medida de seguridad**. Esto es una de las más evidentes manifestaciones del principio de legalidad<sup>461</sup> penal, que es uno de los dogmas básicos de todo y cualquier Estado de Derecho, social y democrático, sobre todo. La legalidad amplia (*por donde se expresa la legalidad penal*<sup>462</sup>) es uno de los fundamentos y sustentos de los sistemas jurídicos modernos, desde su desarrollo a partir del comienzo de los postulados del Estado liberal y garantizador, lo que se va tornando cada vez más imprescindible en la medida del crecimiento de la conciencia y del perfeccionamiento de las sociedades estructuradas jurídico y políticamente bajo las **democracias sociales**.

Con extrema **razón**, COBO/QUINTANAR<sup>463</sup> recuerdan que el “principio de legalidad ha sido tenido por el principio más crucial y definitivo para el Derecho penal, expresivo de un Estado de Derecho en su profunda y veraz acepción”. Elemento imprescindible para el **perfeccionamiento** de toda y cualquier sociedad y sistema jurídico-penal liberal, la legalidad es también sintetizada por dichos juristas españoles con una precisión muy distinguida: “no hay delito, ni pena, ni peligrosidad criminal, ni medida de seguridad, sin una previa Ley que así lo exprese y determine taxativamente<sup>464</sup>”.

---

<sup>459</sup> ... o una infracción administrativa, en términos de sistema jurídico en general.

<sup>460</sup> La sanción, al contrario de la pena, puede existir jurídicamente sin previsión legal-penal, a ejemplo de la multa prevista en el Derecho administrativo.

<sup>461</sup> En España.; arts. 9.3, parte inicial, 10.2, 25.1 (“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”) de la CEsp; 1.1 y .2, 2.1 y .2 del CPE. En Brasil: arts. 5º, XXXIX (“no hay delito ni pena sin previsión legal anterior” – el original: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”) de la CFB; 1º y 2º del CPB. En Alemania: arts. 11.2, 19.1 y 103.2 (“Un hecho solo puede ser castigado cuando la punibilidad estuviera determinada legalmente antes de que el hecho fuera cometido” – el original: “*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*”) de la CA; §§ 1 y 2 del StGB.

<sup>462</sup> Como reconocimiento histórico, recuerdo que dicha fórmula latina (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) es una inspiración de VON FEUERBACH (Anselm Ritter). Este es un principio estructuralmente incompatible con los regímenes autoritarios. El nacional-socialismo, v.g., excluyó del sistema jurídico alemán dicho dogma liberal, imponiendo su sustitución por el lema ostensiblemente autoritario del “ningún delito sin pena” (a esto también se lo refieren JESCHECK/WEIGEND en *Tratado de Derecho Penal – Parte General...* cit., p 141).

<sup>463</sup> *Instituciones de Derecho penal español – Parte general...* cit., p 43.

<sup>464</sup> *Idem supra*, p 44.

Si la ley penal no precede a la conducta describiendo el comportamiento reprochable, ni siquiera cabe plantearse la tipicidad formal, ya que no hay por lo menos un indicio de provocación comportamental humana.

De tal modo es la importancia del principio de la **legalidad penal** (*reserva legal, más cerca del consentimiento*) y sus efectos garantizadores, que pueden darse situaciones en las que un determinado comportamiento recibe algún reproche de una parte mayoritaria de la sociedad, pero esté **protegido** de la imputación penal, a causa de la interferencia de la legalidad de la conducta.

Un hombre, por ejemplo, que contrae matrimonio con una mujer, pero **yace con dos otras** en la misma residencia, incluso hermanas de su pareja formal, bajo consentimiento de los cuatro, ha dado lugar a la formación un auténtico caso fáctico de **poliginia**<sup>465</sup> sororal. Dicho comportamiento no es una costumbre social entre los pueblos de países como España, Brasil, Portugal, Alemania, Francia, Argentina, Italia, Inglaterra, etc., incluso puede decirse que dicha situación muy seguramente puede implicar una desaprobación social (*de muchos de sus medios de control informal – la iglesia, la escuela, la asociación, etc.*) por razones tales como la amenaza a la estructuración del núcleo familiar histórica, ética y religiosamente monogámico, la inclinación de los polígamos al libertinaje de las costumbres sexuales y afectivas, etc. Ello sugiere aparentemente la idea de una situación de ponderación de intereses entre la elección del grupo más pequeño (*los polígamos*) y los intereses del grupo más grande (*la sociedad*), aunque esto es un evidente **equivoco** jurídico, si no hay una previsión legal de reproche para dicha situación. Es decir, que no hay ponderación cualquiera entre grupos sociales a los que referí en dichos presupuestos, sino a la manifestación de la voluntad del grupo más pequeño asegurada por la ley (*que no la prohíbe*) y que debe ser tolerada por los demás ciudadanos, como **expresión constitucional y fundamental** de la **autodeterminación** dentro de ese contexto, lo que resulta una garantía al propio grupo más grande, cuando sus elementos integrantes pretendan invocar la misma protección

---

<sup>465</sup> La “poligamia” en general constituye con la unión sexual concreta (formalizada o no) de una persona (hombre o mujer) con dos o más (mujeres o hombres). La especie “poliginia” acaece cuando un hombre yace con dos o más mujeres, por supuesto desposando o no a una o más de ellas. Si son hermanas se clasifica a dicha relación como “sororal”. La “poliandria”, al revés, ocurre entre una mujer y dos o más hombres y cuando estos son hermanos se la ha nombrado “fraternal”.

jurídica, en sucesos distintos o no, como forma de afirmación del Estado de Derecho, o entonces la mantengan como una reserva legal solamente.

Otro ejemplo, desarrollado a partir de una cita de ROXIN<sup>466</sup> a MAX BROD: si los manuscritos de FRANZ KAFKA hubieran sido **quemados** por M.B., de conformidad a la **petición** del poeta y escritor alemán, aunque el mundo hubiese sido privado del 'Fogareo', del 'Castillo' y del 'Proceso', entre otros formidables textos, esto sería "jurídicopenalmente inobjetable". En este caso, muchísimo más que en el ejemplo precedente, la relevancia del interés social y cultural es efectivamente mayor que la expresión de la voluntad del poeta depresivo, si acudimos a un análisis de ponderación de valores **concretos**. No obstante, **faltándole** base legal al deber de preservación de los manuscritos y quedando esta exigencia **carente** de legitimidad, que preferentemente debe partir de dicho principio de legalidad (*sea gramatical o hermenéuticamente histórica, sistemática o teleológica*), no se podía jurídicamente imponer a MAX BROD la conservación de los textos tras la muerte de su amigo, aunque los haya **conservado** bajo razones que personalmente justifican su actitud y han regalado a la intelectualidad mundial esas obras formidables.

Al fin, como bien ha dicho ROXIN<sup>467</sup>, en un Estado de Derecho se "debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal". Prosigue el científico alemán aseverando que "el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'<sup>468</sup>". Así también, siendo el *consentimiento* un instituto jurídico de **base constitucional**, como efectivamente lo es, cuya manifestación acaece a través de la expresión de Derechos fundamentales inherentes al individuo (*autodeterminación, desarrollo de la personalidad, dignidad humana*), resulta que el principio de legalidad es otro amparo formal-material al **aseguramiento** de su ejercicio hacia la **atipicidad** dentro de la teoría del delito.

---

<sup>466</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 522.

<sup>467</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 137.

## 2.2.4 BREVE COMENTARIO SOBRE OTRO RESULTADO DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA TIPICIDAD.

El **proceso** es un medio jurídico **necesario** para la expresión del **Derecho penal** en todo **Estado de Derecho**, concretándose como realidad fáctica dentro de la **sociedad**, siempre que esto se hace adecuado. El Derecho procesal penal actúa como una especie de **adjetivación** de la Ciencia punitiva, poniendo a disposición los mecanismos jurídicos para que esta se convierta en un efectivo **instrumento de control social**, incluso sin la necesidad de apartarse de los **Derechos fundamentales**. Derecho penal y Derecho procesal penal se complementan hacia el marco de la más concreta eficacia jurídica. Sin el Derecho penal, el proceso **pierde gran parte** de su significado lógico-existencial, mientras sin el proceso, el Derecho penal **resulta limitado** básicamente en sus conceptos y fórmulas abstractas.

Refiriéndose al Derecho procesal penal (*uno de los objetivos de esta investigación es también matizar la perspectiva de la **innecesidad** del proceso, cuando media el consentimiento atípico*), ROXIN<sup>469</sup> recuerda que él una vez “legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés de la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”.

Estructuralmente la identificación de la **tipicidad** ya significa el primero de los elementos integrantes de la teoría jurídica del delito y de **una práctica delictiva**, y a partir de ella constituye un comportamiento patrón y formal que se presenten cargos, empezando el **proceso** respectivo contra el autor. Sólo a través del proceso es legalmente posible imputarse la **conducta típica** al agente.

Así, sin que haya **tipicidad** es desproveído de **significado legal y jurídico el proceso**, porque **no hay imputación** objetiva alguna en contra del autor, lo que resulta que tampoco se debe, en principio, iniciar el proceso. Ello fortalece la **teoría monista** como un evidente instrumento de **bienestar individual** y **seguridad**, bajo un Derecho penal perfeccionando su imprescindible carácter de **no simbolismo** por exceso de

---

<sup>468</sup> *Idem supra*.

<sup>469</sup> *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal... cit.*, p 121.

aplicación, al limitar el intervencionismo del Estado de manera racional y jurídica, socialmente más **equilibrada**. De todo, al mediar el *consentimiento* atípico, resulta que el autor ya no debe tornarse un **sujeto procesal**<sup>470</sup>, lo que lo haría tener que “soportar el desarrollo del proceso<sup>471</sup>”, a través de la intervención persecutoria-criminal del Estado, lo que, **por lo menos** psíquica y somáticamente (*otros desdoblamientos más específicos: laborales, familiares, sociales, económicos, políticos, etc.*), ya resultaría un trastorno humano de consecuencias evitables.

## 2.2.5 TOMA DE POSICIÓN.

Desde luego, con recuerdo más específico a ROXIN<sup>472</sup>, la manera de **nivelarse** atipicidad y justificación, a partir de “la perspectiva de un sistema del delito bipartido”, es sólo una: considerar atípica cualquiera que sea la conducta jurídica (*justificada*<sup>473</sup>), aunque sin jamás confundirlas, pues son muchas y dogmáticamente poco conciliables sus distinciones sistemáticas. Sin embargo, lo más que se puede conseguir es reunir las a la **tipicidad** y a la **antijuridicidad**, como un “tipo global en el aspecto del injusto<sup>474</sup>”. Es cierto que “entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas<sup>475</sup>”, lo que también señala el jurista germánico. En fin, la configuración de los contenidos de cada uno de esos dos instrumentos jurídicos, integrantes y secuenciales de la teoría dogmática del delito son elementalmente muy distintos.

Por razones cronológico-estructurales pacíficas, la atipicidad de la conducta excluye obviamente la antijuridicidad (*y con igual eficacia la culpabilidad y la punibilidad*), la que es **subsiguiente** dentro del marco de la teoría del delito. **Sin embargo**, la

---

<sup>470</sup> Término, p.e., elegido por JAKOBS en *Derecho penal del enemigo... cit.*, p 44.

<sup>471</sup> Cita del mismo JAKOBS (*idem supra*) a ROXIN, con breve crítica.

<sup>472</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 287.

<sup>473</sup> Esto se puede considerar también como una forma de expresión de la teoría de los elementos negativos del tipo, a la que, se la he referido en “Los efectos del *consentimiento* en el ámbito de la tipicidad formal” (n.p.), con merecido destaque a ARMIN KAUFMANN, MERKEL y FRANK, ENGISCH, ROXIN, etc.

<sup>474</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 288.

<sup>475</sup> *Idem supra*, p 287.

justificación no contiene la característica dogmático-cronológica<sup>476</sup> y tampoco recibe aceptación sistemáticamente mayoritaria de poder servir como elemento excluyente de la tipicidad, ya que el tipo queda atendido por el autor, permaneciendo en actuación desde un pasado secuencial y de relieve jurídico-penal que se ha acuñado como un hecho concreto (*atipicidad y justificación no si funden ni se confunden*). En el supuesto del *consentimiento* expresado sobre un bien jurídicamente **disponible, válida y eficazmente**, que actúa como un impedimento a la formación de la tipicidad, hace que el respectivo suceso consentido sea un **hecho normal** dentro del marco jurídico-social y político-cultural del sistema a que pertenece.

Actuando el *consentimiento* en la **conducta formal** de la tipicidad, ni siquiera el comportamiento propiamente humano e inspirador de la idea de un indicio de actividad infractora puede decirse configurado. Es posible que acaezca una sola insinuación mecánica **sin cualquier interés formal-típico**, lo que, desde luego, impide que se produzca imputación penal alguna, asegurando un evidente efecto procesal de garantía jurídica muy amplio. Además, dicha actuación acaece, sobre todo, siendo considerado con el facto del autor actuar contra un mero objeto, simplemente del hecho, ya alejada la presencia sistemática de un bien jurídico a causa del cambio dogmático, tras la mediación del *consentimiento* (*expresado como regla imprescindible ex ante facto*), demarcando una secuencia lógico-jurídica de base constitucional. Es dogmáticamente apropiado afirmar que **no hay** un conflicto entre la actividad del autor y los intereses tutelados por la norma que describe el tipo, sino que lo que hay es la expresión de la voluntad humana sin mediaciones, expresando la afirmación de la norma constitucional en el sentido del desarrollo de la personalidad del titular del derecho, a partir de su autodeterminación como un Derecho fundamental. El objeto resultante del *consentimiento auténtico*, por lo tanto, es completamente **inidóneo** para cualquier valoración jurídico-

---

<sup>476</sup> Me refiero a ello a modo de paréntesis complementario. Cuando media la teoría de la imputación objetiva (entre muchos autores sobre este tema de fundamental importancia para la garantía jurídico-penal y constitucional, *vide*, p.e., y en parte antes referidas, a las obras específicas de JAKOBS – *La imputación objetiva en Derecho penal... cit.*; CANCIO MELIÁ, FERRANTE y A. SANCINETTI – *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires/Argentina, Editora Ad-Hoc, 1998; DAMÁSIO DE JESUS – *Imputação Objetiva... cit.*), a lo que técnicamente se nombra legítima defensa propiamente dicha, a determinados casos de estado de necesidad y de cumplimiento de un deber, no obstante los consideren los Códigos penales tradicionalmente como causas de justificación, sí dichos institutos expresan en verdad un comportamiento jurídico y doctrinariamente atípico, socialmente adecuado. Defenderse bajo evidente legitimidad, actuar por extrema y legítima necesidad o efectivamente cumpliendo un deber también de base legítima, no debe entenderse dentro del plano dogmático como algo por sí sólo preservador del tipo en su forma integral.

penal típica. Una manifestación de no simbolismo jurídico-constitucional-penal por exceso aplicativo de incriminación; es decir, una certeza de garantía jurídica.

El *consentimiento* es un problema del **tipo**, pues hay una **renuncia directa** y **objetiva** al bien jurídico disponible por parte de su titular, haciendo que dicho objeto de tutela desaparezca por completo a nivel de instrumento de interés penal. Su base formal es la Constitución de todo y cualquier Estado de Derecho, notablemente los sociales y democráticos. En este contexto es importante recordar, aunque ya se **deduzca**, que al tratarse de un *consentimiento* sobre un bien que esté dentro de la esfera de libre disponibilidad de su titular, el derecho-poder para dicho acto de consentir es particularmente del respectivo titular, es decir, que no pertenece al Estado, siendo un impedimento muy claro al **intervencionismo**.

Desde su significado general dentro del marco del sistema de Derecho penal, el *consentimiento* es un tema **complejo** por sí sólo, máxime si no es jurídicamente tratado de manera adecuada, en la medida que sus presupuestos heterogéneos ante los casos prácticos van siendo analizados.

Sin embargo, la **valoración jurídico-constitucional** (*incluso liberal; progresista*) del **derecho de autodeterminarse** (*Derecho fundamental*) del titular del bien jurídico disponible, expresando su **voluntad dentro del marco de las posibilidades del sistema jurídico** (*perfeccionando el equilibrio entre la libertad de la persona, su seguridad y el poder de intervencionismo-penal del Estado*) y expresando el **desarrollo de la personalidad** y la propia **afirmación de la dignidad humana**, sirven muy satisfactoriamente al enfrentamiento de todos y cualesquiera casos que se presenten para análisis en el ámbito del *consentimiento*, apuntando a ellos su **ubicación como causa de atipicidad** dentro del escenario dogmático de la **teoría del delito**.

Tratar de cualquier tema dentro de la Ciencia punitiva sin utilizar la **crítica**, donde reside la **política criminal** y la posibilidad del empleo más **justo** del **Derecho**, es lo mismo que atentar contra la evolución jurídica, social y cultural de los tiempos y el desarrollo y valoración de las ideas e ideales humanos, quizás permitiendo (*o incluso impulsando*) la más sensible de todas las ramas del Derecho a un **retroceso** (*o como mínimo a una estagnación*) de conformidad a las intenciones radicales de los formalistas-

positivistas y conservadores aún existentes. Esto hace recordar a ROXIN<sup>477</sup>, cuando **reitera** que su personal y “conocido punto de partida es el de que el sistema de Derecho Penal debe ser construido conforme a puntos de vista políticocriminales. Porque todo Derecho Penal es necesariamente el resultado de reflexiones políticocriminales”. Y así, “en el desarrollo del sistema de Derecho Penal hay que buscar, en primer lugar, una orientación políticocriminal que dirija y fundamente el ordenamiento jurídico”. Pero no toda política criminal, contenida en un Estado de Derecho cualquiera, es apta para desarrollar las instituciones jurídicas de modo más equilibrado y crecientemente justo, de conformidad a la idea de justicia de este milenio, sino aquellas enclavadas en Constituciones con **fórmula política democrática y social**, a ejemplo de España, Alemania<sup>478</sup>, además de Brasil, Portugal, Italia, etc.

El *consentimiento como causa de atipicidad* es una conquista de los tiempos modernos en general y de los ideales de justicia veloz (*destacadamente democráticos y sociales*) más contemporáneos. Ello es un testimonio muy concreto del esfuerzo gratificante de los científicos en buscar e incrementar nuevos métodos de comprensión y aplicación de un Derecho penal más justo. No obstante, la **teoría monista** del *consentimiento* necesita seguir desarrollándose, a ejemplo de todo lo que existe con respecto a todas las Ciencias, donde, como en dicha Ciencia penal específicamente, que es un universo de posibilidades añadida a la *Kriminalpolitik*<sup>479</sup>, hay siempre algo posible de perfeccionarse.

Representa ya el *consentimiento atípico*, por la teoría **monista** o **unificadora** en general, un seguro marco histórico en el ámbito del progreso jurídico de la compleja teoría dogmática del delito. Merece decir que la teoría de la **unificación** representa tanto la realidad del presente como la certeza futurista del **conjunto** (*acuerdo y consentimiento*), ubicándolo como un evidente instrumento jurídico de actuación en el **propio tipo de injusto**, lo que lo hace imponerse consecuentemente como causa de atipicidad, expresando la adecuada libertad intelectual de acción del hombre, el necesario desarrollo y el exigible sentido existencial de su personalidad y la proporcional mayor

---

<sup>477</sup> ROXIN, *Discursos pronunciados en el acto de investidura de Doctor “Honoris Causa del Doctor Don CLAUS ROXIN” en la Universidad de Granada*, Granada/España, Universidad de Granada, MMIV, 27 de mayo de 2004, p 30.

<sup>478</sup> En ese sentido, *vide* a ROXIN, *idem supra*, p 31.

<sup>479</sup> En ese sentido: “ciencia de posibilidades”, ya JIMÉNEZ DE ASÚA en *La Política Criminal... cit.*, pp 9 y 10.



tranquilidad social que de ello resulta. Ello hace recordar a ROXIN<sup>480</sup>, añadiendo que “el Derecho penal del futuro se vuelve un factor de ordenación social totalmente secularizado, teniendo por objetivo llevar a una síntesis el aseguramiento de la paz, la previsión de existencia y la conservación de la libertad ciudadana”.

La teoría de la **unificación del conjunto de consentimiento** inicia, se fortalece y se perfecciona en el ámbito de los Derechos fundamentales y en las constituciones que los acogen. Por consiguiente, característicamente dichos derechos de estructura histórica, axiológica y dogmática, incluso supranacional, pertenecen a los Estados democráticos (*y, todavía más, sociales*) de Derecho. En este contexto se afirma el monismo, sin permitirse cualquier argumento de relieve jurídico fuera del ordenamiento positivo, acuñando que no hay **sentido** hermenéutico, tampoco **lógica** jurídica ni **fundamento** silogístico que justifique imponer carácter relativo a las consecuencias atípicas de la libertad de acción, que son también el desarrollo de la personalidad y de la propia afirmación de la dignidad humana, expresadas a través del derecho/poder constitucionalmente asegurado para **consentir**, con **validez** y **eficacia**, siempre que el bien inicialmente protegido jurídicamente esté **dentro de la esfera de dominio de su titular**. Ello, incluso porque, con respecto a lo que no es derecho disponible al *consentimiento* de la persona, la ley y su aplicación hermenéutica (*y en algunos casos de algunos Estados las “complejas” buenas costumbres*) lo impide y dispone de mecanismos para asegurarlo, aún protegiendo la persona contra si propia, en los presupuestos necesarios (*auxilio al suicidio por razones banales y a petición del titular del bien jurídico protegido, mutilaciones para alejarse del servicio militar obligatorio o en busca de indemnizaciones, etc.*), además de atender a los intereses de seguridad ciudadana y del Estado jurídico en nombre y en complementación de aquélla.

POLAINO-ORTS<sup>481</sup>, tras una valiente y bien estructurada exposición del *consentimiento* (*acuerdo y en sentido estricto para los dualistas*) como un **conjunto** de institutos jurídicos efectivamente **atípico**, concluye que: “creemos haber puesto de manifiesto que una tal distinción no sólo es dogmáticamente improductiva, sino también incorrecta, pues concede a tales figuras un tratamiento diferencial, con el pretendido

---

<sup>480</sup> ‘El desarrollo del Derecho penal en el siguiente siglo’ – *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 463.

<sup>481</sup> ‘Alegato en favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad’ – *Cuadernos de Política Criminal... cit.*, p 197.

argumento de una mayor facticidad del acuerdo en relación al consentimiento y de una preponderancia de la disponibilidad del bien jurídico en cuestión”. Y **fulmina** este autor español, en el sentido de que “ambos argumentos son, a nuestro juicio, inconsistentes, y no abonan convenientemente la supuesta conveniencia de un tratamiento diferencial”. Así, “1. tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el *mismo* tratamiento dogmático (pudiéndose usar, pues, como sinónimos)” y “2. el acuerdo (o consentimiento) aprobatorio por parte del titular del bien jurídico excluye la tipicidad de la conducta: opera como causa de atipicidad, no de justificación<sup>482</sup>”.

A mi juicio es todavía considerable la perspectiva de que el *consentimiento* auténtico como causa de atipicidad es **también** una especie de manifestación de **no dilatación** innecesaria del Derecho punitivo. Así, se puede decir tranquilamente que él, el *consentimiento* atípico, se **pone** satisfactoriamente y de manera dialéctica en contra a los “fenómenos expansivos” criminales **innecesarios** tanto respecto al **simbolismo**, hoy día más característico en dicha Ciencia penal, como al **resurgir del punitivismo**, en cuya existencia parece que se ha inspirado JAKOBS con la estructuración de la doctrina de los nombrados **enemigos del Estado** (*especies de no personas*) y a lo que muy seguramente se reporta CANCIO MELIÁ<sup>483</sup> bajo rigurosa crítica<sup>484</sup>, en su gran parte procedente.

---

<sup>482</sup> *Idem supra*.

<sup>483</sup> *Derecho penal del enemigo... cit.*, pp 62 y ss.

<sup>484</sup> Entre otros autores, y no sin razón, asume también una crítica extrema en contra al *Derecho penal del enemigo* PORTILLO CONTRERAS, Guillermo ‘*El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*’, en *Dogmática y Ley Penal... cit.*, pp 693/720. No obstante, la postura doctrinaria de JAKOBS en defensa de un “Derecho penal del enemigo” – sin analizar tampoco dicho asunto en este momento con profundidad, lo que sería metodológicamente inoportuno para el tema central de esta investigación con respecto al consentimiento – parece, por lo menos, estimular las atenciones científicas mundiales para esta terrible realidad de nuestro tiempo, que es la criminalidad de extremado rango, a ejemplos del terrorismo y del tráfico de drogas globalizados. Pero en verdad, con su doctrina JAKOBS no valoriza y aún menos solidifica Derechos fundamentales, incluso básicos e inherentes a la condición humana natural, hacia lo que nombra “no personas”, lo que es algo jurídico, política y socialmente temible y preocupante bajo el punto de vista liberal. Igualmente, véase a MORILLAS CUEVA, en ‘*El Derecho Penal mínimo o la expansión del Derecho Penal*’ – *Revista Cubana de Derecho... cit.*, especialmente pp 108 y ss.; etc. Sobre este tema, entre varios juristas en todo en mundo, CRUZ OCHOA, Ramón de la, en ‘*La polémica actual en el Derecho penal*’, en *Cuadernos de Política Criminal – segunda época – III, n° 87*, Madrid/España, Editorial CESED, 2005, pp 297/306, cuando este autor cubano hace un resumen sencillo y crítico acerca de las principales características sistemáticas de la “teoría de la no persona” de JAKOBS, incluso apuntando sus vínculos con otro tema preocupante hoy día, es decir, el de los excesos del “Derecho penal del riesgo” (pp 306/310); igualmente a MORILLAS CUEVA, en ‘*El Derecho Penal mínimo o la expansión del Derecho Penal*’ – *Revista Cubana de Derecho... cit.*, especialmente pp 108 y ss.

A esas dos causas fundamentales de **amplitud** de la presencia penal en los sistemas en la actualidad, intentando afrontar con eficacia el crecimiento de la criminalidad realmente demasiado preocupante, creemos adecuado añadir una tercera: la **falta de una política social compatible a nivel mundial**. Es decir, que a menudo las cuestiones delictivas que afligen el mundo moderno contienen una base social desequilibrada que ya son comunes a muchos de los países del globo, los cuales, no obstante ya lo supieran, han silenciado hasta hoy, lo que implica la necesidad urgente de una **unidad internacional** con finalidades comunes para que se pueda combatir mejor esta peligrosa crisis globalizada que desafía el significado de justicia (*y sobre todo más ligera*) y equilibrio del Derecho penal en nuestros días<sup>485</sup>.

Sobre esa expansión del Derecho punitivo hacia el futuro en el marco de este siglo, **alude** ROXIN<sup>486</sup> que “el número de disposiciones penales y también de los atentados contra ellas seguirá aumentando” como reflejo de la falta de mayor éxito de los métodos de control social variados, hasta que se puedan equilibrar bajo una **conciencia globalizada** y compleja, donde los “diez mandamientos” o “normas básicas comparables” son insatisfactorios ante la “sociedad moderna de masas”, la que exige “reglamentaciones más amplias<sup>487</sup>”. Ello, de conformidad con esa vigorosa posición sajona, pese al incremento de penas variadas “más leves<sup>488</sup>”, tampoco aleja que se va a mantener con ciertos científicos la defensa incluso de la pena de muerte y su manutención en algunos sistemas jurídicos, lo que todavía es una realidad hoy día.

Así, por su estructura sistemática muy lógica y su base constitucional, el *consentimiento* atípico contiene un **sentido valorativo** de autodeterminación humana y una consecuente **importancia dogmática** acerca de la renuncia al objeto del hecho muy considerable como instrumento jurídico de **descriminalización** en el contexto justo del no intervencionismo innecesario del Estado, es decir, de una Ciencia penal garantizadora.

---

<sup>485</sup> Mientras no se deba admitir que la pobreza y la falta de una asistencia más eficiente del Estado al ciudadano es fuente de criminalidad por sí sola, tampoco se puede olvidar que la miseria y el desprecio son un ambiente muy propicio para que los valores éticos y morales de la persona sufran ciertas inversiones hacia el ámbito delictivo. Además, mientras no haya un equilibrio social en los países en general, los que mejor lo poseen están de cierto modo indefensos a las “importaciones” de la criminalidad que reciben de otros sitios, a causa del inevitable proceso de migración (legal e ilegal) en el planeta. Y el derecho a la migración internacional legal es una expresión fundamental de Derechos.

<sup>486</sup> *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 440.

<sup>487</sup> *Idem supra*, p 448.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p 450.

Como un resumen **unificador**, no hay que hablar, siquiera, de indicio de tipicidad formal, cuando la actividad del autor fue antecedida por el consentimiento válido y eficaz del titular del bien jurídicamente disponible, lo que **aleja la imputación objetiva** del hecho.

### 2.3 LA SÍNTESIS DEL PENSAMIENTO SISTEMÁTICO DE CLAUS ROXIN. UN CRITERIO DOCTRINAL RELEVANTE DEL CONJUNTO DEL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA GENERAL DE ATIPICIDAD.

En la **actualidad** se puede asegurar que una de las perspectivas dogmáticas más **progresistas** y **liberales** del *consentimiento* en general, dentro del marco del Derecho penal, como causa de atipicidad, está en manos, principalmente, de los planteamientos **coherentes** y muy estructuralmente **sólidos** de ROXIN. En consecuencia con ello, me permito casi concluir este importante Capítulo II de mi investigación con las aportaciones del Catedrático de Munich, que marca una importante etapa en el Derecho penal moderno. En ese sentido, mientras era investido como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Granada, el 27 de mayo del 2004, ROXIN<sup>489</sup> reafirmó en discurso parte de sus **convicciones** sistemáticas ante la construcción del sistema penal, aún recordando que un Estado moderno, en el sentido de la amplitud valorativo-positiva, “debe garantizar seguridad y libertad individual de igual modo”.

La importancia del *consentimiento* para el Derecho penal actual y su porvenir es algo de extrema e indiscutible relevancia. Aunque reconozca ROXIN la distinción todavía dominante entre **acuerdo** (*excluyendo la tipicidad*) y **consentimiento en sentido estricto** (*excluyendo la antijuridicidad*), “a raíz de Geerds<sup>490</sup>”, ello, como bien lo afirma, ya no tiene sentido dogmático en mantenerse, al analizar las justificativas de la **teoría dualista**, cuando se la compara a los postulados perfeccionadores de la **teoría monista**, que son un marco de avances de mayor acuíñamiento lógico y de certeza de realidades jurídico-penales. **Así**, “una opinión que está ganando terreno niega la

---

<sup>489</sup> *Discursos... cit.*, p 31.

<sup>490</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 512. También, ROXIN en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’, en *Dogmática y Política Criminal... cit.*, p127.

diferencia sistemática entre acuerdo y consentimiento<sup>491</sup>”, reconociendo el resultado que **excluye a la tipicidad** “a cada aprobación efectiva del portador del bien jurídico”, recordando ROXIN en este sentido, **verbigracia** y desde Alemania, a ZIPF, KIENTZY, ESER, HORN, ARMIN KAUFMANN, KÜHNE, MAURACH y ZIPF, RUDOLPHI, SAX, SCHMIDHÄUSER, HIRSCH<sup>492</sup>.

El *consentimiento* integra un conjunto comportamental humano de **base constitucional**, que aleja por completo el interés del Derecho penal (*es decir, actuando ya en el ámbito de la tipicidad*), a causa de la **valoración superior** de la autodeterminación del individuo, dentro de su **esfera de dominio** legítima y legal, como una expresión muy segura de libertad responsable, desarrollo ciudadano y garantía jurídica-penal, que constituyen material de evidente trascendencia para la propia solidez del Estado social y democrático de Derecho.

Es también **auténtico**, y se puede decir que igualmente en cierta manera **vanguardista**, ROXIN<sup>493</sup>, en lo que a ese planteamiento del *consentimiento* atípico se refiere, al sostener “la opinión de que la dogmática jurídico penal tiene que desplegar en el material jurídico los cánones valorativos rectores que derivan de la ley y de la Constitución”, que deben tornar **patentes** “los concretos resultados a su paso por el material jurídico”, además de una manera apropiada a “su diferente sustrato”.

En fin, un Derecho dogmáticamente simpático a una determinada inercia científica es un derecho siempre contra la **realidad** de los cambios sociales y de su propia **estructuración** como ciencia, incluso hacia el porvenir.

### 2.3.1 ACUERDO Y CONSENTIMIENTO EN SENTIDO ESTRICTO.

ROXIN se refiere a la distinción sistemático-disecadora (*acuerdo versus consentimiento*) de manera **objetiva**, a la vez que extremadamente didáctica como resumen

---

<sup>491</sup> ROXIN, en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ – *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 133, *in fine*. Con el mismo significado, ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 516.

<sup>492</sup> *Idem supra*, ‘*Acerca del Consentimiento...*’ pp 133 y 134, n.p. 13.

<sup>493</sup> *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal... cit.*, p 78.

de la idea fundamental de la cuestión dogmático-dualista, a la que combate con **vigor** y **determinación** científica notables.

El **acuerdo** “excluye de antemano la lesión del bien jurídico protegido<sup>494</sup>”, **siempre** que el titular del derecho **consiente** (*está de acuerdo*) con el comportamiento del autor, lo que significa que la acción típica presupone un actuar “contra o sin la voluntad” del titular de dicho bien. Ello se distingue en los delitos de coacción, con respecto a la manifestación de la voluntad (*en una relación sexual, p.ej.*), al derecho de morada (*el permiso para adentrar el autor, v.g.*), a la propiedad (*en la sustracción de un objeto personal perteneciente al titular del bien, p.e.*), etc.

El **consentimiento en sentido estricto**, de conformidad al entendimiento adoptado por los dualistas, expresaría **exclusivamente** el efecto **justificante**, con “ejemplos fundamentales<sup>495</sup>” en el ámbito de los **daños** y de las **lesiones**. Un titular que consiente a un tercero que dañe, o incluso destruya, un bien jurídicamente disponible y que pertenezca a la esfera de dominio de aquél, no impide el daño y tampoco la lesión típica, resultando dicho comportamiento sólo **justificado**. En la “mayoría de las veces<sup>496</sup>” el **consentimiento** se fundamentaría en “una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante”, a partir de consideraciones jurídico-consuetudinarias, de conformidad a la autodeterminación del individuo, según el aspecto constitucional que conduce a la **libertad** de comportamiento. Hay autores que consideran la justificación con la superioridad de la libertad de disposición del particular sobre la lesión al bien jurídico, es decir, de la libertad como valor mayor en determinados sucesos.

---

<sup>494</sup> ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 512. En el mismo sentido, ROXIN en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ – Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 127.

<sup>495</sup> *Idem supra*, p 513. *Idem supra*, p 128.

<sup>496</sup> *Ibidem*, en *Derecho Penal... pp 512/513*.

### 2.3.2 LAS DIFERENCIAS BÁSICAS DERIVADAS DE LA DISTINCIÓN SEPARATISTA ENTRE ACUERDO Y CONSENTIMIENTO EN SENTIDO ESTRICTO.

Son **seis** los puntos que indica ROXIN como de “diferencias esenciales<sup>497</sup>” entre **acuerdo** y *consentimiento*. La esencia preponderantemente **fáctica** del acuerdo en relación a las características destacadamente **jurídicas** del *consentimiento*, además de la obvia “ubicación sistemática” distinta de esos institutos en el marco de la teoría jurídica del delito, constituyen los fundamentos generales de dicha disección<sup>498</sup>.

**Desde luego (1)**, el **acuerdo** representaría una manifestación con nitidez comportamental intrínseca, implicando acoger con exclusividad la expresión de la “voluntad interna de quien asiente<sup>499</sup>”, independiente de afirmaciones necesariamente extrínsecas de dicha manifestación de la voluntad de la persona respectiva<sup>500</sup>. A su vez, en el **consentimiento en sentido estricto** se torna imprescindible “como mínimo” que la voluntad del titular del derecho tanto se haya manifestado externamente como pueda ser reconocida, sea por comportamientos o palabras. P.e., el titular del derecho que **asiente** interiormente “con la sustracción de su cosa<sup>501</sup>”, intentando demostrar la **culpa** del ladrón posteriormente, hecho que se reprocharía sólo como tentativa de hurto, a causa de “la falta de quebrantamiento de la custodia”. Al revés, v.g., se tendría una infracción **consumada** de daños, si el *consentimiento* del propietario no es reconocible exteriormente, a causa de “la destrucción de su cosa por tercero<sup>502</sup>”, pues el seguro garante el recibimiento de una pieza nueva y normalmente en mejores condiciones a dicho propietario.

---

<sup>497</sup> *Ibidem*, pp 513/515. También ROXIN en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, pp 129/133.

<sup>498</sup> Para las distinciones que siguen, POLAINO-ORTS refiere a una secuencia complementaria de ejemplos, aun a partir del pensamiento sistemático del propio ROXIN, pero “consultando las fuentes originales que, en cada caso, proponen una tal diferencia” (véase en ‘*¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal*’... *cit.*, pp 224 y ss y n.p. 13).

<sup>499</sup> *Ibidem*, p 513. *Ibidem*, p 129.

<sup>500</sup> En ese sentido, ROXIN hace referencia directa, p.ej., a GEERDS (GA 1954, 266) – *vide* n.p. 11, p 513, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, *idem* p. 513. Dicha referencia, “siguiendo a Geerds”, de igual manera la apunta dicho jurista germánico ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 127, n.p. 1 (“Einwilligung und Einverständnis des Verletzten”, tesis doctoral, Kiel, 1953; “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht”, GA 1954, p 262 y ss).

<sup>501</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 513.

<sup>502</sup> *Idem supra*, p 513.

En fin, no se puede admitir, por absurdo que parezca, que un asentimiento meramente interno (*que no puede saber más que una insegura **suposición** externa, y por tanto se constituye en algo extremadamente inidóneo para fines de seguridad jurídica y ciudadana*) sea capaz de fundamentar la validez y eficacia jurídicas de dicho suceso con sus efectos atípicos. Ha de haber, **en todos los casos** (*y lo expreso desde ahora*), una posibilidad de reconocimiento mínimo del autor, aunque sea en el primer grado de *consentimiento*.

**Después** (2), la nombrada voluntad natural ya sería suficiente para la validez y eficacia del **acuerdo** (*incluyendo los casos de falta de capacidad de comprensión, característicos en los menores y los enajenados mentales*), mientras en lo que al *consentimiento* se refiere, y al revés, se **exige** que el “afectado goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras<sup>503</sup>”, para que tenga eficacia la disposición de su libre voluntad. A modo de **ejemplo**, un niño **sin capacidad de entendimiento**, que regala su juguete a petición del agente, no es sujeto pasivo de un hurto, ya que no hubo el “quebrantamiento de la custodia<sup>504</sup>”, lo que no impide la posibilidad de tipificación de una estafa o una apropiación indebida, desde luego. Mientras tanto, si un **borracho** consiente en una lesión, dicho *consentimiento* no tendrá eficacia, ya que se considera lesionado de manera reprochable el bien jurídicamente protegido, a través de dicho entendimiento dogmático.

**También** (3), el error, el engaño y la coerción (*vicios de la voluntad*) no impedirían necesariamente la validez y eficacia del **acuerdo**, al contrario de lo que ocurre con el *consentimiento*, al que dichos vicios vuelven ineficaz (“serán contemplados como dignos de consideración<sup>505</sup>”). Por ej., uno que, **disimulando** sus intenciones verdaderas, consigue autorización del propietario para entrar en la vivienda, no es autor de un allanamiento de morada. En caso de *consentimiento*, entre **otros ejemplos**, merece la pena destacar la cuestión de la necesidad de **información** (*consentimiento informado*) en las intervenciones médicas que necesitan cirugía, sobre todo.

---

<sup>503</sup> *Ibidem*, p 514. Igualmente ROXIN, en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 130.

<sup>504</sup> *Ibidem*, en *Derecho Penal – Parte General...*

<sup>505</sup> *Ibidem*. Del mismo modo en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 131.



**Además** (4), especialmente en el marco de las lesiones<sup>506</sup>, donde hay una presencia justificante muy constante para los dualistas, aunque mediando el *consentimiento*, si las **buenas costumbres** no son observadas, ello no alejaría el carácter de antijuridicidad de la acción del autor. Con respecto a los supuestos de **acuerdo**, las buenas costumbres (*presentes especialmente en legislaciones jurídico-penales como la alemana - § 228 del StGB*) no son capaces, por sí solas, cuando son afrentadas, para tornar ineficaz dicho **asentimiento** del titular del derecho. Por **ejemplo**: se constituiría una lesión corporal delictiva cuando el titular del derecho permitiera que le quitaran un riñón para donarlo como una exclusiva demostración de coraje personal ante sus compañeros de trabajo. Sin embargo, no hay violación sexual cuando se produce el asentimiento interno del titular del derecho al sujeto para una relación sexo-bucal con lesiones físicas insignificantes.

**A continuación** (5), cabe referirse a la cuestión del desconocimiento por parte del autor de la autorización (*en sentido amplio*) del titular del bien jurídico. Su distinta ubicación dogmática (*entre acuerdo y consentimiento, según el entendimiento dualista*) implicaría la posibilidad de resultados jurídicamente diversos. Sobre ello, muy directamente ROXIN esclarece que a nivel de **acuerdo** “tan solo entra en consideración una tentativa<sup>507</sup>”, ya que no se considera realizado el “tipo objetivo”, resultando estar dirigido el dolo infractor por el agente hacia un objeto inidóneo. No obstante, siempre que acaece el mismo desconocimiento del autor acerca de daños y lesiones, con respecto al *consentimiento* del “portador<sup>508</sup> del bien”, es posible que se considere **realizado el tipo**, ya que no se aparta dicho resultado típico ni el “dolo delictivo del autor dirigido a su realización”. Sin embargo, acuña ROXIN que los separatistas, en su mayoría, **pretenden** “emplear directamente o por analogía las reglas de la tentativa”, equiparando ambos institutos en este sentido. El caso del autor que sustrae un objeto del propietario, desconociendo que éste lo sepa y lo autorice, sirve como **ejemplo** al presupuesto general de acuerdo, **mientras** el caso del sujeto que practica una violación sexual contra una

---

<sup>506</sup> *Ibidem*, pp 514 y 515. *Ibidem*, p 131 y 132.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p 515. *Ibidem* pp 132 y 133.

<sup>508</sup> A ese término se refiere ROXIN muy brevemente, tanto en su Manual (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 515) como en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 132. Sin embargo, prefiero mantener las variaciones “titular del derecho”, “titular del bien”, etc., debido a que un “portador” de un bien puede no ser, en todos los casos prácticos, un titular de derecho en

mujer, resultando lesiones corporales sádicas, a su vez desconociendo que ésta le haya consentido, incluso por tratarse de una masoquista, es adecuado a la segunda hipótesis, es decir, de posible *consentimiento* ineficaz.

**Finalmente** (6), la cuestión de la “suposición errónea de una aprobación inexistente<sup>509</sup>” recibe en el **acuerdo** tratamiento jurídico de exclusión del dolo (*se podría comparar con un error sobre elemento esencial del tipo penal*), **mientras** a nivel de lesiones o daños hay un error acerca de “los presupuestos objetivos de una causa de justificación” (*error inevitable sobre la ilicitud del hecho*). Ejemplo, al **primer** supuesto, es alguien que “supone el permiso de un titular del derecho de morada o de un titular de la custodia” de un bien, implicando que no posee dicho autor dolo invasor y tampoco de sustracción. A la **segunda** hipótesis y al revés, suponer un “consentimiento de la víctima” acerca de lesiones corporales en una sencilla demostración de kárate significa un yerro acerca de los elementos objetivos justificantes. Desde luego ROXIN **advierte** que determinar si el error “excluye el dolo o la pena dolosa” o solamente significa un error de prohibición, significa una cuestión que daría lugar a largas discusiones para determinados sectores doctrinales.

### 2.3.3 EL ENTENDIMIENTO MONISTA FUNDAMENTAL Y OTRAS OPINIONES CONTRA EL MODELO SEPARATISTA CONSERVADOR.

El combate amplio y directo contra los postulados del dualismo conservador es creciente. Los adeptos del entendimiento unificador del *consentimiento* lo consideran un elemento favorecedor de la autodeterminación eficaz de la persona, para su propio desarrollo y dentro de su esfera de dominio jurídico-constitucional y penalmente asegurada, **excluyente de la tipicidad** (*“la libertad de acción de quien consiente<sup>510</sup>” como su fundamento mayor, sin que esto pueda significar una libertad sin límites*). **No obstante**, en este contexto es oportuno considerar una diferenciación triple, básica y crítica que hace ROXIN, a partir del concepto más elemental del monismo y citando a **dos otras**

---

su significado técnico-jurídico, que pueda asegurar validez y eficacia al consentimiento que expresa, en su sentido incluso de conjunto.

<sup>509</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 515. También ROXIN en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 133.

<sup>510</sup> *Idem, Derecho Penal... p 517.*

opiniones que se han desarrollado, aunque influenciadas por el separatismo. Por supuesto, dichas dos variaciones no contienen la **claridad** y tampoco la **coherencia** hermenéutico-constitucional ni **garantizadora** jurídico-penal y el beneplácito del monismo auténtico, sin embargo merecen la cita del maestro alemán en el sentido de que no concuerdan con la “estricta bisección de la doctrina tradicional”.

La **primera** afirmación, que expresa con vigor la postura más general de la teoría monista, “en expansión<sup>511</sup>”, no acepta la ubicación distinta de **acuerdo** y *consentimiento* en el marco de la teoría jurídica del delito, resultando una causa **excluyente del tipo** cualquier “aprobación” del titular del bien jurídicamente protegido que tenga eficacia, y para tal (*eficacia auténtica*) hay requisitos elementales a observar, como la expresión de la voluntad del titular del derecho. Ello implica asegurar que las **diferenciaciones** de orden práctico entre los dos institutos (*acuerdo* y *consentimiento*), contenidas en los números (5) y (6) del ítem 2, tienen su fundamento en “premisas sistemáticas discrepantes”, mientras las demás distinciones (1)/(4) por lo mínimo expresan un **carácter relativo**, ya que no es lógico aceptar la exclusión del tipo (*un beneplácito jurídico-legal*) sujeta en su validez y eficacia a “presupuestos contradictorios”.

Una **segunda** opinión, como una especie de crítica surgida dentro del propio dualismo (*sigue manteniendo la diferenciación entre acuerdo – atípico – y consentimiento – justificante*), **sospecha** de la “rigurosa bisección en los presupuestos de la eficacia<sup>512</sup>” de los números (1)/(4). Aunque mantenga los resultados dogmáticos como una consecuencia natural de dicho separatismo, lo que apunta a los números (5) y (6), ese sector doctrinario **entiende** que las “declaraciones generales sobre los presupuestos de eficacia” en el ámbito del acuerdo no son adecuadas jurídicamente, ya que esto debe depender de la estructura propia del tipo que le corresponda<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> *Ibidem*, p 516. Lo mismo en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 133 y 134.

<sup>512</sup> *Ibidem. Ibidem*, p 134.

<sup>513</sup> En ese sentido, ROXIN refiere “sobre todo” a JESCHECK (*ibidem*, n.p.20). El mismo JESCHECK lo cita ROXIN en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’, *Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 146, recordando que “JESCHECK escribe: ‘Naturalmente también hay casos en los cuales el consentimiento repercute inmediatamente en el tipo’”.

La **tercera** postura, recuerda ROXIN<sup>514</sup>, “renuncia para el consentimiento a la formulación de criterios de validez general”. Es decir, que para el *consentimiento* como causa de **exclusión del tipo** no siempre es suficiente el asentimiento fáctico. En ese sentido, tampoco para un *consentimiento excluyente de la antijuridicidad* es imprescindible que se cumplan todos los exigentes postulados que tanto la doctrina como la jurisprudencia han desarrollado. Hay que tener una flexibilidad sistemática como medio de asegurar la aplicación de un Derecho más justo.

Si bien la tercera posición presenta un cierto **acercamiento** de algunos postulados de la teoría de la **unificación**, todavía debe avanzar mucho para alcanzar los niveles beneplácitos y de garantía jurídica en general que ofrece la estructura dogmática de la **teoría monista y liberal**.

#### 2.3.4 LA COHERENCIA DE LA TEORÍA MONISTA-LIBERAL DE ROXIN.

La perspectiva **unificadora** de ROXIN se apoya en la **teoría liberal** con respecto al bien jurídico individual, la que desarrolla el maestro de Munich con lógica aplastante y afirmaciones jurídico-científicas muy sólidas. Inicialmente, los bienes jurídicamente protegidos se prestan al “desarrollo del individuo<sup>515</sup>”, lo que **conlleva** la inexistencia de “lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión<sup>516</sup>”. Ello, según criterios jurídicos muy **determinados**, aunque sin carácter general en lo que se refiere a una fórmula única para solucionar todos los presupuestos de hecho, que varían de conformidad tanto a su propia estructura como a los tipos que les corresponda y a las demás disposiciones legales que se les debe aplicar. Así, “todo consentimiento eficaz excluye el tipo”, es decir, que resulta excluido el primero de los elementos integrantes de la teoría jurídica del delito, como una consecuencia de raciocinio elemental hecho bajo dicha perspectiva.

---

<sup>514</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 516. Así entiende, p.e., STRATENWERTH, a quien cita ROXIN (n.p.21).

<sup>515</sup> ROXIN, *idem supra*, p 517. De igual modo, el mismo ROXIN en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, pp 135 y ss.

<sup>516</sup> *Ibidem supra*, n.p. 22. Al hacer dicha afirmación, ROXIN cita a WEIGEND, ZStW 98 (1986), 61, de modo “totalmente similar”: “no se presenta ningún menoscabo jurídicopenalmente relevante en los bienes

Al titular del bien jurídicamente protegido, si puede disponer del mismo, se le **asegura** la facultad de utilizar dicho bien como una cosa al servicio del libre desarrollo de su propia personalidad, pudiendo “proceder... a su antojo<sup>517</sup>”, incluso porque dicha expresión de la autodeterminación de la persona cambia la condición de bien jurídico en **objeto del hecho**, lo que logra confundir la “opinión contraria”, es decir, la de los que todavía adoptan el dualismo. Recuerda entonces ROXIN que a causa de la mediación del *consentimiento* hay un “deterioro de la cosa concreta” u objeto del hecho, pero jamás del bien jurídico protegido, lo que implica en un “apoyo” (o “cooperación<sup>518</sup>”) al ejercicio de los **derechos** atinentes a la propia condición de titular del bien. Ese raciocinio se puede aplicar de manera general a todos los casos de *consentimiento*, aunque sea una preocupación muy permanente y oportuna de ROXIN recordar que hay “límites a la facultad de disposición individual<sup>519</sup>”. Dichos límites, de manera más amplia, tanto existen con respecto a bienes absolutamente indisponibles (*bienes colectivos, p.e.*) como en relación al ejercicio de ciertos derechos individuales (*la vida y la integridad física, v.g.*), incluso protegiendo el individuo contra si mismo.

La “libertad de acción<sup>520</sup>”, que tiene su **base constitucional** muy destacada en los Estados de Derecho y por consiguiente asegura ese derecho superior al titular del bien jurídico, es en lo que se infiere el efecto excluyente del tipo en el marco del *consentimiento*, sobre todo cuando dichos Estados contienen formulas políticas sociales y democráticas, aunque el Derecho consuetudinario y la adecuación social puedan también servir a la fundamentación de ese importante efecto en la teoría del delito. **No hay lesión**, y aún menos puede realizarse el tipo<sup>521</sup>, cuando el titular de un derecho disponible constitucionalmente consiente, solicitando o permitiendo que alguien lo menoscabe, si dicho menoscabo se destina al desarrollo de la personalidad del respectivo titular y a la afirmación de su dignidad como persona.

---

jurídicos; pues el que consiente elige precisamente la disposición que le deja libre el ordenamiento jurídico”.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p 517.

<sup>518</sup> ROXIN en `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., p 136.

<sup>519</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 517 y *idem supra*, v.g.

<sup>520</sup> *Idem supra* (*Derecho Penal...*), p 518.

<sup>521</sup> En `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., p 137, ROXIN recuerda a MAURACH/ZIPF (n.p. 18), para asegurar que cuando media el consentimiento (es decir, “la libertad de acción garantizada constitucionalmente”), ello “hace imposible que se complete el tipo”.

Con respecto al bien jurídico protegido en el tipo, hay **algo más** que una unidad entre lo que es bien jurídico y el poder/voluntad de disposición del titular, lo que señala ROXIN, citando a RUDOLPHI<sup>522</sup>, pues “objeto de disposición y facultad de disposición” son lo que protege el tipo. Admitir simultaneidad entre dicha garantía constitucional y de Derecho fundamental (*disponibilidad del bien jurídico y autodeterminación del individuo para su desarrollo*) y lesión al bien jurídico, sería **ilógico** bajo la perspectiva unificadora en general, y no solamente liberal.

#### **2.3.4.1 EL CONSENTIMIENTO AMPLIO, MIENTRAS SEA VÁLIDO Y EFICAZ, EXCLUYE EL TIPO PENAL.**

ROXIN justifica que con el *consentimiento* válido y eficaz desaparecen el desvalor del **resultado**, junto con el desvalor de la **acción** y la realización del **tipo** delictivo, a partir de la “libertad de acción jurídico-constitucional<sup>523</sup>”, aliada a la “función del Derecho penal” y a la perspectiva con la que analiza la “teoría de los bienes jurídicos” a nivel de categorías dogmáticas. Incluso el propio desvalor de la intención también falta, pues el autor “no se dirige a la producción de un desvalor del resultado”. El carácter más pujante e “indiscutible” de la manifestación atípica se produce cuando la acción, mediada por el *consentimiento*, “beneficia” el titular del derecho e incluso es algo socialmente normal “desde todo punto de vista”, lo que suele ocurrir a petición de dicho titular, como una característica humana cuantitativa.

No obstante, conviene mencionar que en el *consentimiento* penal auténtico hay siempre una **satisfacción** (*beneficio*) de orden intrínseco, determinante y fundamental del titular del derecho, aun independiente de sus desdoblamientos extrínsecos subsiguientes y materialmente benéficos, de lo que normalmente resulta que desde ahí hay un desarrollo de la personalidad y una manera muy evidente de afirmación de la dignidad constitucional de dicho titular. La intervención del médico que aplica un

---

<sup>522</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit*, p 518, n.p. 26. ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 137, *in fine*, ROXIN transcribe a RUDOLPHI de manera muy precisa: “El bien jurídico y la potestad de disposición sobre el bien jurídico no solamente representan una unidad, sino el objeto de disposición y la potestad de disposición son el mismo bien jurídico protegido en el tipo en su carácter de relación entre ellos”.

<sup>523</sup> *Idem supra* (*Derecho Penal...*), p 519. Lo mismo, *ibidem* (*Acerca del Consentimiento’...*), p 140.

tratamiento invasor, curativo o preventivo, o realiza un trasplante en un paciente, la acción del dentista, del peluquero, del podólogo, del maestro de judo, etc., a petición o permisión del titular del derecho, son algunos ejemplos a éste y al párrafo que lo precede.

Es **oportuno** transcribir la importante crítica que hace ROXIN<sup>524</sup> a una de las perspectivas separatistas de JESCHECK<sup>525</sup>, en lo que se refiere a parte de los planteamientos de este apartado, cuando éste “opina que cada suceso sería, `pese al consentimiento... penalmente significativo y no indiferente desde el principio”, lo que “en todo caso”, contesta aquél, “no es cierto para aquellas acciones que son provechosas y deseadas” por el titular del *consentimiento*. **Considera** ROXIN que en estos casos “más bien se trata de procesos plenamente normales de la vida cotidiana sin importancia indiciadora del injusto; tales casos constituyen la mayoría en el consentimiento porque el portador del bien jurídico, al prestar su consentimiento, se deja guiar mayoritariamente por su beneficio”.

Con respecto a las **situaciones** en las que se **podría** considerar que resulta un “daño<sup>526</sup>” o una “ingerencia corporal” contrarios al “verdadero” bien estar (*desarrollo*) del titular del derecho, se podría considerar que en estos supuestos, como mínimo, se produciría el desvalor del **resultado**, de conformidad al caso concreto, hacia la exclusión del tipo o como circunstancia justificante de la conducta.

Sin embargo, firme con la teoría jurídica de la atipicidad del *consentimiento* válido y eficaz, **contesta** ROXIN que los “vicios de la voluntad” y la cuestión de los límites impuestos por las buenas costumbres<sup>527</sup>, por sí solos ya tornan ineficaces muchas situaciones de “consentimiento perjudicial”, alejando tanto interrogantes acerca de la exclusión del tipo como de la propia antijuricidad. **No obstante**, ROXIN, prescindiendo de la argumentación anterior, cita ejemplos como el de uno que “ingresa en una austera

---

<sup>524</sup> Por ej., en `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., pp 140 y 141. Con el mismo sentido, vide a ROXIN también en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 519 y 520.

<sup>525</sup> “Lehrbuch, 3ª ed., cap. 34, I, 3”, referida por ROXIN en `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., p 140, n.p. 26. En dicha crítica ROXIN alude a “una cierta contradicción de JESCHECK en el cap. 34, V de su Obra, cuando éste enfoca “que el desvalor del resultado sería `levantado' mediante el consentimiento”, aunque “éste no es `levantado' posteriormente, sino ni siquiera llega a aparecer debido a la aprobación previa”.

<sup>526</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 520 (también n.p. 34) y 521 y `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., pp 141 y 142.

<sup>527</sup> En Alemania el § 226 del StGB.

comunidad religiosa y permite que sus miembros le destruyan sus objetos suntuarios”, buscando evitar que dicho titular del derecho no caiga en tentación y se apegue o permanezca apegado a bienes materiales; otro, es el caso de una persona que solicita le hagan “tatuajes llamativos” con figuras de sexo explícito por todo el cuerpo. Para el maestro de Munich, en estos supuestos que “ya no se mueven en el ámbito de lo generalmente usual **también** “deberá negarse un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo”, ya que al adoptarse como fundamento para la aceptación de una lesión o amenaza de bienes jurídicos típica el “bienestar real”, en lugar de la “**voluntad real**” del titular del derecho, entonces el ordenamiento jurídico se atribuiría “una sublimidad de juicio que no le corresponde” y que llevaría a “insuperables dificultades de delimitación”. ROXIN **niega** con gran relieve científico que haya cualquier “intrusión en una esfera jurídica ajena” (*lo que supondría la realización del tipo delictivo*) con el simple “menoscabo del objeto del hecho”, añadiendo que el que consiente sobre un bien jurídicamente disponible, como su titular, es el que “puede decidir” acerca de lo que sirve o no a su **real bienestar**, expresándolo a través de la voluntad real. Además se debe recordar que lo que hoy día puede no ser exactamente lo más afortunado materialmente, mañana podrá serlo para la vida del “propietario”, aunque suponga desde luego un real bienestar interior, basado en la fuerza constitucional de la expresión de la voluntad.

En lo que se refiere a los ejemplos del párrafo anterior, el fundamento para que se pueda clasificar el suceso como un *consentimiento* eficaz o no, en los términos de su efecto según la teoría **monista**, reside exactamente en cuanto de **libertad de acción** pudo disponer el titular del derecho en el caso concreto. Aclaremos: si el recién ingreso en la severa comunidad religiosa permitió la destrucción de sus pertenencias lujosas porque dicho *consentimiento* le resultó (*o le resultaría*) un bienestar real, así considerado (*¡esto sí!*) a partir de la expresión determinante de su **voluntad** realmente **libre** (*la autodeterminación en renunciar a todo lo que pudiera se tornar conflictivo con su nueva y feliz elección para una vida mejor*), entonces **no hay** que hablar de realización del tipo, pues antes habría desaparecido el desvalor del resultado y de la acción. Y aunque dicha elección del titular aún pudiera haber sido objeto de alguna aislada duda por su parte, alejada por los inmensos y saludables beneficios espirituales, sentimentales, físicos y psicológicos, que creyó suficientes para fundamentar su decisión con un margen satisfactorio de libertad, **tampoco** hay que hablar de realización del tipo siquiera. Sin embargo no puede decirse lo mismo cuando el acto de consentir la destrucción de sus



objetos personales del titular del derecho constituía la única alternativa de que disponía para ser acogido por dicha secta religiosa, habiendo consentido bajo una **coacción** que le desfiguró la libertad de acción que le asegura la Constitución, ejerciendo no la expresión de una voluntad libre y evidentemente real, sino un acto de libertad limitada bajo un constreñimiento que impuso la pérdida del valor del *consentimiento* como garantía jurídico-constitucional, actuando de ese modo como un mecanismo de defensa de la propia persona humana. Lo mismo podría decirse del caso de los tatuajes llamativos y de todos los demás presupuestos que en estas condiciones se incluyan.

#### **2.3.4.2 EL CONSENTIMIENTO COMO UN INTRUSO ENTRE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.**

La **ponderación de intereses** (*frente a un conflicto inevitable*) y la evidente **necesidad** de actuación humana aseguran el sistema de causas de justificación en el marco del Derecho penal, lo que constituye una convicción científica mayoritaria<sup>528</sup>. No obstante, en el ámbito del *consentimiento auténtico* no se da un enfrentamiento de intereses y tampoco una necesidad de realización de un hecho, aunque los dos principios están basados en la legitimidad legal de actuación del autor. El *consentimiento* eficaz es valorado, como recuerda ROXIN<sup>529</sup>, a partir del principio de la “voluntad libre del portador del bien jurídico”. Así, no hay que hablar de “contraposición de intereses” o “necesidad” en el *consentimiento*, pues el menoscabo del objeto del hecho depende exclusivamente de la expresión libre de la voluntad del titular del derecho, que le es **asegurada constitucionalmente**, resultando que dicho acto de consentir es un “cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación”, según el jurista alemán.

Por lo que respecta al párrafo anterior, ROXIN da cierto relieve a dos planteamientos de estructura dualista (*MEZGER* y *NOLL*) que intentan esbozar la tesis del *consentimiento* justificante, a los que, no obstante, fulmina con un **raciocinio unificador** científicamente lógico.

---

<sup>528</sup> “Mayoritaria”, a causa de que la teoría de la imputación objetiva trata jurídicamente y bajo fuertes argumentos ciertas conductas, que son tradicionalmente consideradas justificantes, también como atípicas (por ej., los casos de legítima defensa real, de manera general, como supuestos de autopuesta en peligro y consecuente riesgo permitido a que se expone la víctima, a través de su propia elección, a menudo consciente).

<sup>529</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 521 y 522.

Con un carácter nítidamente **separatista**, MEZGER (*primeramente citado y criticado por ROXIN*<sup>530</sup>) desarrolló un “sistema” ubicando el *consentimiento* entre las justificantes, al establecer que, aunque la justificación esté vinculada al principio del interés preponderante “en la mayoría de los casos”, el *consentimiento* atiende al “principio de ausencia de interés”, es decir, que para MEZGER, al ser analizada una justificación de conformidad al principio de ausencia de interés, resulta que la “voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto”. Sin embargo, **contesta ROXIN** a su compañero germánico, que exactamente a causa de dicho argumento se concluye sumariamente que la cuestión del *consentimiento* con validez y eficacia **está ubicada en el tipo**, no en la justificación, ya que es imposible en dichas circunstancias que alguien pueda tener amenazada o lesionada una voluntad “que luego decae por causa del consentimiento”. La voluntad libremente expresada no puede imaginarse bajo una amenaza o lesión “y por eso no puede suponerse como realizado el tipo”, pues no se ha molestado la esfera jurídica de dominio del titular del derecho, sino que se ha garantizado la manifestación como forma muy concreta de desarrollo de la personalidad.

A su vez, y como recuerda ROXIN, NOLL<sup>531</sup> ha estructurado y difundido una perspectiva con la intención de demostrar que también el *consentimiento* está involucrado en una ponderación de intereses entre la “libertad individual” y el “interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos”, aunque con ello “no se da en el punto de vista decisivo”, pues en el “consentimiento eficaz, precisamente ya no se efectúa una ponderación conforme a la situación individual”. En el *consentimiento* auténtico lo que se afirma es la libre voluntad del “portador del bien jurídico”, y por tanto **no se da un conflicto de intereses**. Así, no se habla de “necesidad” o “racionalidad” del *consentimiento* a poder someterlo a un análisis o ponderación “en comparación con el valor del concreto objeto del hecho”.

Es oportuno resaltar que aunque se pueda insistir equivocadamente con la perspectiva separatista de que el *consentimiento* tendría como base una ponderación de intereses (NOLL) o una ausencia de interés (MEZGER), aún así y anteriormente a todo ello la libertad constitucionalmente garantizada para autodeterminarse estaría siempre a

---

<sup>530</sup> *Idem supra*, p 521 y `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., p 143.

**fundamentar** de manera jurídicamente efectiva y político-socialmente lógica el *consentimiento* auténtico, es decir, atípico.

Merece añadir, aunque muy resumidamente, que en lo que se refiere a los grupos de justificantes<sup>532</sup>, en los casos de **legítima defensa** real, cuando un bien jurídicamente protegido está sufriendo una agresión injusta, ello implica una facultad legal del titular del derecho ofendido para reaccionar o no, tras ponderar (*si lo puede*) lo que es más apropiado a sus intereses, aunque haya un deber político/moral hacia dicho comportamiento contra el ataque que se le impone. Y aunque el titular del derecho de reaccionar decida no hacerlo, consintiendo a su agresor que concretice dicha agresión, ello a menudo no impide el reproche legal (*p.ej., un hijo que quita la vida de su padre sin que este haya reaccionado por no quererlo*). Tampoco en muchos de los casos prácticos de legítima defensa (*sobre todo contra la vida o la integridad física*) se puede decir que haya siquiera condiciones para una ponderación satisfactoria de intereses, sino para una reacción más instintiva (*o exactamente instintiva*) en defensa del derecho por su respectivo titular.

En el **ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**, hay una ponderación específica de intereses y valores por parte del sujeto activo de la acción (*p.e., un director de una cárcel debe elegir uno entre dos encarcelados para integrarlo en un proyecto que lo va a beneficiar hacia la libertad final; ambos encarcelados se presentan con las mismas cualidades y el director elige uno de ellos por que le parece una persona más tranquila, ya que no hay otro criterio para distinguirlos en dicho contexto*).

En el **cumplimiento de un deber**, el encargado cumple una obligación (*bajo reproche legal si no lo hace*), a causa de otra modalidad de ponderación de intereses (*colectivos, normalmente*), que le impone la ley con una determinada antecedencia valorativa lógica (*v.g., el guardia que dispara contra los fugitivos de una cárcel que no obedecen la orden de parada, intentando impedir la huida*).

---

<sup>531</sup> *Ibidem* (*Derecho Penal...*), pp 521 y 522. *Ibidem* (*Acerca del Consentimiento...*), pp 144 y 145.

<sup>532</sup> En el CPE, art. 20; En el CPA, §§ 32 a 35, recordando que el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y también el cumplimiento de un deber, son reconocidos y asegurados como una consecuencia de la armonía, coherencia y autocomplementación del ordenamiento jurídico penal y constitucional en Alemania; en el CPB, arts. 23/25.

En el **estado de necesidad** se produce una situación muy propia y concreta de necesidad del hecho (*lo que no impide una ponderación especial*), donde el relieve lógico-social es determinante para su convalidación político-jurídica, según los criterios exigidos en la ley para dichas justificaciones (*ej., es el caso del pasajero de un vuelo que quita el paracaídas a un tercero que ya lo tenía, salvando su vida tras saltar del avión que se encontraba en llamas y que estalló momentos después que dicho pasajero ha dejado su interior*).

En la mayoría de los casos prácticos de justificación, y cuando se puede hablar de libertad de acción legal del autor en estos importantes sucesos jurídicos, hay una libertad de acción del agente **a causa del hecho** equivalente, y no un hecho **a causa fundamental** de la libertad que lo antecede; esto, es una característica del *consentimiento* auténtico. Además, en ninguna hipótesis de causa de justificación dicha libertad podría fundamentar aisladamente (*por si sola*) el respectivo instituto, sino que lo complementa (*cuando es posible su incidencia*) y de manera relativa. En el *consentimiento eficaz*, por el contrario, la libertad de acción, que pertenece al titular del derecho y le es constitucionalmente asegurada para el desarrollo de su personalidad, es el **fundamento** (*por consiguiente anterior*) formal y material para su validez y eficacia jurídicas. Así, bajo esas consideraciones unificadoras, el *consentimiento* no encuentra acogida jurídico-sistemática entre las causas de justificación, antes bien, se lo debe tener como un verdadero “cuerpo extraño” entre ellas.

#### **2.3.4.3 LA TEORÍA SEPARATISTA NO ES UNA TEORÍA DOGMÁTICAMENTE SEGURA.**

Entre los supuestos de *consentimiento auténtico* y los de **acuerdo** no es “posible una delimitación clara” con respecto a sus efectos jurídicos, lo conlleva la coherencia jurídica de considerarlos a todos de manera unificada, es decir, como causa de atipicidad, como plantea ROXIN<sup>533</sup>. Desde esta perspectiva en general muy acertada, resulta una **inseguridad** a causa de la bipartición de la teoría dualista.

---

<sup>533</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 522 y ss y *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal...* cit., pp 144 y ss.

La cuestión es afrontada por ROXIN de manera objetiva, desde luego poniendo de relieve supuestos variados **permitidos libremente** por el titular del bien como por ej. “una injuria”, “una detención ilegal”, “una grabación magnetofónica”, “la apertura de una carta”, etc., indagando si son supuestos de acuerdo o *consentimiento*, señalando que si se “aventura” la separación, resultará estructuralmente admitido un **acuerdo**. Este jurista alemán hace una secuencia de raciocinios muy lógica.

“Si la injuria<sup>534</sup> es una violación de la pretensión individual de respeto (individueller Achtungsanspruch) que cada uno tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir una **injuria** en caso de un consentimiento, porque una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no haya sido reclamada en absoluto<sup>535</sup>”. Así, si alguien recibe correos electrónicos con fotografías y textos pornográficos, no podrá alegarlos injuriosos si los ha **solicitado** libremente, es decir, enteramente de conformidad con su voluntad, lo que significa que dicha solicitud es una afirmación de su propio **derecho disponible** y constitucionalmente asegurado, no debiéndose hablar de la existencia de una amenaza o lesión cualquiera, sino de un suceso totalmente conforme a Derecho.

Para los separatistas, el **encierro**<sup>536</sup> sólo justificaría la privación de la libertad, aunque lo haya consentido el titular del derecho, ya que el hecho material del encierro permanecería inalterado en dicho contexto. Sin embargo, la característica fundamental del encierro es la **privación** de la víctima “del uso de su libertad personal<sup>537</sup>”, mientras que cuando media el *consentimiento* el que consintió no es “robado en su libertad”, sino que la tiene expresada con el propio hecho material del encierro, lo que representa una afirmación de voluntad/libertad, concretizada no con una lesión a un bien jurídico protegido, sino con su auténtica afirmación. Además la libertad de **autodeterminarse**, dentro de su esfera de dominio, del titular del derecho, jerárquicamente superior, ya destruye el comportamiento del agente como un acto típico.

---

<sup>534</sup> El concepto básico de injuria sirve representativamente con el mismo significado tanto al ordenamiento jurídico español (art. 208) como alemán (§ 185) y brasileño (art. 140), cuyo carácter más específico está en la protección del respeto y en general en el honor de la persona.

<sup>535</sup> ROXIN, en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 145. Similar texto también de ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 522.

<sup>536</sup> StGB (§ 239); CPE (art. 163.1); CPB (art. 148, *caput*).

<sup>537</sup> ROXIN, *idem supra* (*‘Acerca del consentimiento’...*). *Idem supra* (*Derecho Penal...*).

Al tratarse de una **grabación magnetofónica**<sup>538</sup>, si el titular del derecho respectivo **consiente** que sean grabadas sus declaraciones, por supuesto que la “confidencialidad de la palabra<sup>539</sup>” (*núcleo del tipo*) no está amenazada ni lesionada a causa de su **renuncia** por el que dispone del poder para hacerlo, resultando no realizado el tipo que lo corresponde.

La **apertura de una carta**<sup>540</sup>, bajo el *consentimiento* del destinatario (*el que por supuesto aún no conoce su contenido*), tampoco puede realizar el tipo (*violación de correspondencia*), pues ya no hay un autor con respecto al que no “está destinada la carta<sup>541</sup>”, sino un sujeto en el **mismo nivel** del destinatario original.

No obstante, entiendo oportuno plantear una **interrogante** en lo que se refiere a una carta de cuyo contenido (*aunque no lo conozca exactamente*) ya tenga una idea **concreta y general** (*en una relación amorosa, por ej.*) la persona destinataria. En dichas condiciones, si el contenido de una carta (*o algo similar*) es estrictamente personal y de interés privado, tanto para el destinatario como para el remitente, ¿basta el *consentimiento* del destinatario para hacer de su conocimiento por un tercero un hecho atípico (*o incluso justificado para los separatistas*)? En dichos casos específicos, en los que se produce la expresión de un vínculo afectivo y exclusivo entre la persona remitente y la persona destinataria, como un suceso de extrema intimidad y sin amenaza o lesión a la seguridad psicológico-material del destinatario, entiendo que es necesario un **consentimiento conjunto** del remitente y del destinatario, pues el núcleo de protección a la intimidad pertenece a ambas personas. Dicha interrogante contiene también una utilización específica e intencional, que es la de recordar la imposibilidad lógica de establecimiento de **reglas fijas** (*como si fueran formulas matemáticas*) a la solución de todos los casos que se presentan en el ámbito largo y ancho del *consentimiento* en Derecho penal.

---

<sup>538</sup> StGB (§ 201); CPE (art. 197.1); CPB (art. 151, § 1º, IV).

<sup>539</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 522 y 523. También, ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal – Dogmática y Política Criminal...*’ cit., pp 145 y 146.

<sup>540</sup> StGB (§ 202); CPE (art. 197.1); CPB (art. 151, *caput*). Merece decir que el Código Penal de España, hace referencia acerca del consentimiento en el marco del art. 197, considerándose realizado el tipo sólo cuando el autor actúe en contra a esa expresión de libertad del titular del derecho.

<sup>541</sup> ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 523.

ROXIN<sup>542</sup> **afirma** que, bajo la perspectiva dualista, “apenas quedan casos en los que un consentimiento podría tener únicamente fuerza justificante”. Este aspecto lo **afrenta** ROXIN con una crítica a JESCHECK<sup>543</sup>, cuando este autor germánico considera que uno que “permite serrar para leña un armario viejo modifica su finalidad”, resultando que el delito de daño ya no se produce en dichas circunstancias. Sin embargo, de conformidad al mismo JESCHECK y contrariamente al caso anterior, constituye sólo una causa de justificación cuando “un tío autoriza a su sobrino `a desmontar piezas de su vehículo con el objeto de que éste pueda familiarizarse con los trabajos de reparación que posiblemente surjan en un viaje de investigación”. Desde luego **plantea** ROXIN con precisión que “no hay un fundamento claro para un tratamiento diferenciado de ambos casos”, y **no se explica** por qué en dichos casos no hay igualmente una “alteración transitoria del destino” de los objetos respectivos (*el armario y el coche*), lo que representaría una causa de exclusión conjunta del tipo. Efectivamente, mediando el *consentimiento*, se produce un **cambio del destino** de ambos objetos por el titular del derecho, mientras bajo el raciocinio de la teoría separatista ello implicaría una situación poco razonable. En consecuencia, cuando hubiese una destrucción sería causa de atipicidad y cuando hay un “desperfecto” sería de justificación.

#### **2.3.4.3.1 LA INCOHERENCIA DE LA TEORÍA DE LA BIPATICIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS LESIONES MÉDICO-QUIRÚRGICAS.**

El análisis de las **lesiones medico-quirúrgicas** (*curativamente indicadas, estéticamente adecuadas, lex artis*) representa otro punto que, al ser tratado bajo la perspectiva de la teoría dualista, encuentra una solución incoherente. Para la teoría divisora tradicional tales lesiones, en su totalidad, no alejan el carácter típico de la acción humana del autor, resultando el acto respectivo como de acuerdo a la descripción del tipo formal, ya que materialmente hay un trastorno material para la sustancia orgánica, aunque justificado por los **beneficios subsiguientes** para el afectado.

---

<sup>542</sup> *Idem supra*. También ROXIN en ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal*’ - *Dogmática y Política Criminal... cit.*, p 146.

<sup>543</sup> “Lehrbuch, 3ª edición, cap. 34 I, 3” (cita de ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 523).

Sin embargo, la propia doctrina separatista moderna, en su mayoría, ya considera dichas intervenciones como **causas de atipicidad** siempre que se trate de su aspecto **reparador** (*no piensan exactamente lo mismo en cuanto a las lesiones médico-cosméticas*), considerando el bienestar del titular del derecho (*lo que por sí sólo representa un aspecto muy relevante para el monismo*) como suficiente para alejar la presencia del Derecho penal desde la esfera del tipo, conjuntamente con la voluntad de los médicos de no ponerse como autores de una conducta típica.

El *punctun* neurálgico de la actividad médica es entonces el de las **cirugías estéticas** o **cosméticas**, que todavía divide a los dualistas, aunque en el **ámbito del monismo** ambos supuestos (*tanto las lesiones reparadoras como las estéticas*) sean, lógicamente, evaluados y solucionados en el marco del propio tipo.

ROXIN<sup>544</sup>, con respecto a las **lesiones médico-curativas** tradicionales recuerda que, por ej. en Alemania y contrariamente a la jurisprudencia aún dominante allí, la doctrina “siempre ha considerado ya como atípicos los menoscabos beneficiosos de la sustancia corporal”, incluso “con independencia de la voluntad del paciente”, a partir de la negación de cualquier deterioro a la salud en tales supuestos y del “deseo de los médicos de no ser colocados, bajo el punto de vista del tipo, al mismo nivel que un navajero”. Estima ROXIN que la exactitud de ese raciocinio dualista es una **cuestión interpretativa**.

Bajo la perspectiva **unificadora**, por supuesto las lesiones quirúrgicas reparadoras consentidas por el titular del derecho disponible son todas ellas atípicas, ya que se basan en la autodeterminación de la persona, lo que significa una indudable garantía constitucional al bienestar de la persona. Además, las lesiones quirúrgicas reparadoras **sin el consentimiento del afectado** se hallan “fuera de la teoría del consentimiento”, es decir, que pueden estar amparadas por un estado de necesidad, el ejercicio de un derecho profesional, p.e., o no; en este caso, son pasibles de reproche legal como expresión de la necesaria protección a la integridad del cuerpo.

En lo que a las **intervenciones cosméticas** se refiere, ROXIN<sup>545</sup> plantea (*y lo hace muy bien*) que “exactamente lo mismo tiene que regir”, es decir, que las reglas

---

<sup>544</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 523 y 524. Igualmente, ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal...* cit., pp 147 y 148.



jurídico-dogmáticas deben ser iguales a las empleadas para solucionar los casos de *consentimiento* en el marco de las intervenciones curativas, de lo que resulta su carácter indudablemente atípico. Los separatistas, a ejemplo de JESCHECK (*cita ROXIN*), que adoptan la **atipicidad** para las lesiones con finalidad curativa y la **justificación** para las estéticas, pretenden “considerar realizado sin excepciones el tipo de lesiones” en el ámbito cosmético, pues en dichos supuestos el “paciente permite temporalmente un menoscabo más o menos profundo de su integridad corporal”. No obstante, **contesta** ROXIN que “eso sucede exactamente igual en el caso de una operación médicamente indicada”, ya que, por el resultado final que intenta obtener, la cirugía estética de embellecimiento **puede representar** un provecho “para el bienestar físico y psíquico como una intervención curativa propiamente dicha” en su significado estricto.

En el caso de las **cirugías plásticas**, creemos más aún en su resultado **atípico**, a causa del relieve que pueden tener sus efectos en desarrollo de la personalidad del titular del bien jurídico. Esto se produce, en el sentido de que hay situaciones concretas tales en las que una cirugía plástica (*que por sí sola expresa idéntica estructura de disposición consentida del bien al igual que las exclusivamente reparadoras*) representa un **bienestar físico y psíquico**, con evidente utilidad, puede que incluso más que una intervención curativa. Un ejemplo muy sencillo es cuando uno tiene una pequeña calcificación ósea en un brazo y si no la quita con una cirugía curativa va a tener siempre dolores, aunque en su lugar elige emplear su dinero con una cirugía estética que le hará rejuvenecer externamente unos diez años. Al fin y al cabo, son muchas las personas normales a las que resulta un **extremo bienestar psíquico-somático** un remozamiento, un arreglo un una nariz, una liposucción, la extirpación de una cicatriz que le desfigura, etc., a través de los empleos modernos de la medicina quirúrgico-cosmética. Y de igual modo, ningún cirujano (*reparador o cosmético*), consciente de sus responsabilidades y que labore de conformidad a la *lex artis*, desea actuar de acuerdo a cualquier comportamiento humano que esté **prohibido** por el derecho positivo.

A mi juicio, el **concepto** de que una intervención médica-quirúrgica estética (*naturalmente informada y consentida*) tiene un significado restrictivo, produciendo efectos solamente **justificantes** porque daña de forma penalmente relevante el bien material protegido (*salud/integridad física*), es algo tan **anticuado** jurídicamente que no merece la

---

<sup>545</sup> *Idem supra* (*Derecho Penal...* p 524). *Idem supra* (*‘Acerca del Consentimiento’...* p 148).

pena emplear más esfuerzos argumentativos en su contra. No hay mayor sentido técnico-lógico en distinguir el tratamiento jurídico **atípico** de las lesiones médico-reparadoras de las lesiones médico-estéticas. Éstas, cuando no desarrollan la personalidad del titular del bien a través del *consentimiento* auténtico con la misma pujanza que aquéllas, lo hacen de manera aún más **intensa**. Además de todo, una lesión quirúrgica-estética (*consentida*) restrictiva es algo tan raro, excepcional y difícil de localizar actualmente que su aspecto cuantitativo **insignificante** jamás podría fundamentar una regla de comportamiento.

#### **2.3.4.3.2 TODAVÍA MÁS SOBRE LA INSEGURIDAD DE LA BIPARTICIÓN EN GENERAL.**

Intentar agotar ejemplos teóricos (*o prácticos*), específicamente por lo que respecta a este apartado, sería humana e incluso jurídicamente absurdo a causa de su inmensa variedad y posibilidades. No obstante, la perspectiva de ROXIN, con sus fundamentos firmados y desarrollados desde la teoría monista, es muy **lógica** y plenamente **aplicable** a todos los presupuestos que se puedan presentar, siempre con fundamento en la expresión de Derecho fundamental que representa la capacidad para autodeterminarse las personas dentro de su esfera de dominio **constitucionalmente asegurada**.

Las propias lesiones **sadomasoquistas** son referidas por ROXIN<sup>546</sup> de igual modo como causas de **atipicidad**, siempre que de un apaleamiento consentido, *verbigracia*, resulte el placer corporal (*sexual o no*) buscado por el titular del derecho disponible, lo que es una inequívoca forma de bienestar asegurado dentro de la esfera de dominio de la persona.

De manera más conclusiva, resulta que en los “supuestos” casos de *consentimiento* como causa de justificación, y todavía de conformidad a la teoría separatista, solamente es posible “independizar el bien jurídico de la libre decisión de su

---

<sup>546</sup> *Ibidem* (Derecho Penal... p 524). *Ibidem* (‘Acerca del Consentimiento’... pp 148 y 149).

portador<sup>547</sup>”. Así, “también por este motivo debería abandonarse la diferenciación sistemática entre acuerdo y consentimiento”, **concluye** ROXIN.

#### 2.3.4.4 LAS BUENAS COSTUMBRES EN EL MARCO DE LAS LESIONES.

En general, el tema subjetivo y peligroso de las **buenas costumbres**, en los sistemas jurídicos de los Estados democráticos de Derecho que lo acogen formalmente en el Derecho penal, es algo similar<sup>548</sup>. ROXIN<sup>549</sup>, bajo una perspectiva crítica, evalúa dicha cuestión con **respecto a las lesiones**, en cuyo ámbito se puede identificar con claridad a partir del StGB (§ 226 a), recordando que los separatistas se fijan en su “tenor literal” para afirmar que un *consentimiento*, aunque sea expresado con sus exigencias estructurales, solamente tiene efecto válido y eficaz (*y todavía como causa de justificación*) cuando el suceso **no resulta contrario** a las buenas costumbres. Es decir, que “el autor sólo actúa antijurídicamente `cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres”, pero esta perspectiva, en el sentido de que solamente la ilicitud, y no el tipo, está excluida, **no es correcta**, según este autor alemán.

ROXIN adopta la perspectiva general, *verbigracia*, defendida por MAURACH/ZIPF<sup>550</sup>, tanto en el sentido de la **atipicidad** de las lesiones consentidas con validez y eficacia jurídica cuanto de su significado restrictivo en el marco de las buenas costumbres, lo que significa que **únicamente** lesiones consentidas (*y jamás las faltas*), cuando atenten en contra de las buenas costumbres, es que pueden ser reprochadas.

Entonces, desde el propio StGB alemán, **únicamente** es antijurídico un hecho “que realiza el tipo de una ley<sup>551</sup>” penal. Así, un lesión corporal que se produzca con el “consentimiento del lesionado es típica y antijurídica” sólo cuando dicho *consentimiento* constituya un inequívoco atentado contra las referidas buenas costumbres, lo que implica la deducción de que no hay una manifestación legal referida a

---

<sup>547</sup> ROXIN, *Ibidem* (‘*Acerca del Consentimiento...*’ p 149). Idéntico planteamiento, *ibidem* ROXIN (*Derecho Penal...* p 524, *in fine*).

<sup>548</sup> *Vide*, p.e., el art. 38º.1 del CP Portugués.

<sup>549</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 524 y 525. Lo mismo, ROXIN, ‘*Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal – Dogmática y Política Criminal...*’ cit., p 149.

<sup>550</sup> *Derecho penal – Parte general...* cit., pp 300 y ss.

<sup>551</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 525.

la cuestión de si un *consentimiento* con validez y eficacia en las lesiones **excluye el tipo o no lo hace**. Y así también resulta plenamente legítima la mediación de la teoría monista.

#### 2.3.4.5 EL CONSENTIMIENTO APARENTE.

El **verdadero consentimiento**, es decir, según la autodeterminación de la persona, el que es constitucionalmente amparado como causa de atipicidad, no admite para su configuración válida y eficaz que se le retire la característica fundamental de **voluntariedad**, lo que significa que debe ser ejercido sin la interferencia de coacción en la libertad de elección del titular del derecho respectivo. Así, como recuerda ROXIN<sup>552</sup>, hay situaciones en las que falta a la permisión del afectado dicha libertad auténtica, aunque seguidores de la doctrina dualista a menudo las apunte como *consentimiento* justificante.

A mi juicio, **cualquier vicio** que impida la expresión libre de la voluntad de la persona, sea en que nivel sea, torna irrelevante la otorgada, debido además a la exigencia de mantener un **respeto** básico al **Derecho fundamental** de autodeterminación con libertad de la persona. En dicho aparente *consentimiento*, es decir, bajo cualquier coacción, lo que hay es una libertad **ficticia**.

Esa parte del amplio análisis del *consentimiento* y sus **correlatos**, es decir, de situaciones en las que hay un permiso del afectado, pero no hay un *consentimiento* auténtico, es afrontada por ROXIN, que cita y critica dos ejemplos, en que afirma que esta perspectiva dualista de un *consentimiento* justificante “tan sólo es una excepción aparente al poder excluyente del tipo del consentimiento<sup>553</sup>”. **Primeramente**, el supuesto legal de “una castración con el beneplácito de un delincuente sexual”, cuya libertad ha sido coaccionada, ya que dicha elección se le “otorga con el fin de evitar un mal aún peor (el internamiento en centro de custodia<sup>554</sup>), no se podría considerar, según los principios

---

<sup>552</sup> *Ibidem*, pp 525 y 526. *Ibidem*, pp 150 y 151.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p 525. Lo mismo, *ibidem*, p 150.

<sup>554</sup> ROXIN, *Ibidem* (n.p. 50), *ibidem* (n.p. 44), recuerda las castraciones en la época del nazismo, lo que, solamente bajo consentimiento de los afectados respectivos podía impedir legalmente que fueran internados en campos de concentración. Sin embargo, peores eran los casos de enfermedades mentales o defectos físicos, cuando ni siquiera se les ofertaba los nazistas, a dichos afectados o a sus representantes, en la mayoría de los casos, el derecho aparente de consentir (esta situación ha sido incluso parte destacada de película – Vencidos

generales, ni voluntaria ni eficaz”. Otro supuesto es el de “alguien que permite la entrada en su vivienda a policías para un registro domiciliario” y lo hace para **evitar** que dichas autoridades realicen una **apertura de la puerta con violencia** bajo una orden judicial, lo que implica una conducta formal inicialmente típica de violación de morada<sup>555</sup> concretizada por dichos agentes de seguridad, ya que el titular del derecho no lo habría permitido en una situación distinta.

Ambos casos del párrafo anterior (*de la castración y del registro de morada*) son referidos por ROXIN en la traducción española de su Manual de Derecho penal<sup>556</sup> como supuestos de **casiconsentimiento**, mientras en la traducción igualmente castellana de su libro sobre Dogmática penal y Política criminal<sup>557</sup> son enfocados, el primer ejemplo, como un **casiconsentimiento**, y el segundo, como un **casi-acuerdo**, es decir, que en éste sin el carácter genérico y político-criminalmente tan unificador de aquél.

Con respecto a este tema, finaliza ROXIN que no es un **argumento aceptable** para distinguir entre acuerdo y *consentimiento* la simple existencia de “consentimientos” atenuadores “de la intervención y su irrelevancia para la realización del tipo”.

Este aspecto de supuestos en los que hay solamente un *consentimiento aparente*, lo trataré particularmente bajo mi punto de vista, aunque sin alejarme de la perspectiva central adoptada y desarrollada, entre otros, por ROXIN, en el Capítulo IV de esta investigación. No obstante, se puede afirmar muy claramente que una permisión otorgada sin autonomía de la voluntad personal, sea como sea, resulta siempre ser algo **efectivamente ineficaz** en término de *consentimiento* jurídico-penal auténtico.

---

y vencedores: Juzgamiento de Nuremberg – en el que la cuestión de la legitimidad de dichos actos nazi es puesta en el banco de reos). También acerca de la castración de homosexuales por los nazis, con el consentimiento aparente o no, entre varios otros escritos se pueden leer casos distintos y reales en *Enciclopedia del Holocausto – La persecución de los homosexuales del Tercer Reich*, con dirección accesible por internet en <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang-sp&ModuleId-10007018>.

<sup>555</sup> StGB (§ 123); CPE (art. 202.1); CPB (art. 150, *caput*).

<sup>556</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 525 y 526. *Acercas del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal...* cit., pp 147 y 148.

<sup>557</sup> *Acercas del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal...* cit., pp 150 y 151.

#### 2.3.4.6 LOS TIPOS Y SU ESTRUCTURA VARIABLE COMO BASE DEL CONSENTIMIENTO EFICAZ.

ROXIN<sup>558</sup> **reitera** que no todos los casos de acuerdo y *consentimiento* (*no obstante excluyan “del mismo modo la realización del tipo”*) deben ser evaluados, “bajo todo punto de vista”, de conformidad a **idénticos preceptos jurídicos**. Así, las distinciones entre acuerdo y *consentimiento* “no pueden extraerse de las premisas sistemáticas, ni tampoco de una pretendida diferente `naturaleza” de estos dos instrumentos jurídicos, la que es su base y se imagina existiría con anterioridad (*a este respecto ROXIN enfoca a SCHLEHOFER*<sup>559</sup>). Consecuentemente, sus diferentes aspectos de “eficacia sólo pueden resultar de la estructura de los correspondientes tipos”, pues es **siempre** una cuestión de “problemas referentes al tipo”.

En lo que se refiere a la distinción entre acuerdo y *consentimiento*, **además** de tratarse de algo con poca importancia dogmática (*algo “secundario”*), ROXIN plantea que ello también **depende** “en gran medida” de características propias del idioma que se esté utilizando, y cita aspectos **gramaticales** y **semánticos** desde el lenguaje alemán, el no consigue expresar todos los significados de muchos de los demás idiomas con los que se relaciona, lo que implica obviamente que lo mismo sucede desde la perspectiva de esos otros lenguajes entre sí.

Así, el contenido de los dos párrafos anteriores es de igual modo una razón de suma importancia para que **no se haga distinciones** entre acuerdo y *consentimiento* como elementos jurídicos de atipicidad, concluye el maestro alemán.

#### 2.3.4.7 EL EMPLEO DE LA TEORÍA MONISTA CON RESPECTO A REFERENCIAS FORMALES DE CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE, AUNQUE SÓLO APARENTES EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL.

La influencia, todavía dominante, del separatismo legislativo en el ámbito formal de algunas partes de los Códigos penales en vigor es algo concreto, aunque **no**

---

<sup>558</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 526. También en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ - Dogmática y Política Criminal... cit.*, pp 151 y 152.

**preocupante** y tampoco amenazador a la aplicabilidad práctica de la pujanza de la idea monista, que acoge nuevos seguidores en el universo jurídico-penal con frecuencia, incluso porque dispone de fundamento en aspectos científicos de cuna constitucional y carácter también supralegal. Así, las **postulaciones unificadoras** cambian hermenéuticamente dichas alusiones gramaticalmente justificantes, aunque semánticamente equivocadas, hacia expresiones (*por lo tanto, sin extrema dependencia literal*) con efectiva significación para el desarrollo de la personalidad del individuo y constitucionalmente aseguradas, a partir del efecto atípico del *consentimiento* válido y eficaz dentro del sistema jurídico-penal y a causa deducible de la interferencia de su propia estructura general y cronológicamente evidente en el marco de la teoría jurídica del delito.

Además, la **armonía** del ordenamiento jurídico, su **autocomplementación** y **lógica** sistemática son referencias fundamentales a la complementación de este raciocinio unificador, como un efectivo planteamiento en el sentido de que, al consentir, el titular del derecho individual renuncia a la protección del Derecho penal de tal modo eficazmente, que cambia el concepto de bien jurídico en objeto del hecho. En realidad, dicho titular actúa, a través de su derecho/poder para consentir dentro de su esfera de dominio, renunciando igualmente al *status* de bien jurídico protegido, lo que, de otro modo, implicaría en considerar a dicho bien bajo permanente protección.

Uno de los ejemplos de **gran interés** para la justa aplicación de las ponderaciones liberales del monismo hacia el efecto atípico del *consentimiento*, y con notable relieve desde el planteamiento básico de ROXIN, se puede observar con la interpretación de los arts. 31<sup>560</sup>, 1. y 2. d) y 38<sup>561</sup>, 1., del **Código Penal de Portugal**.

---

<sup>559</sup> *Idem supra* (*Derecho Penal...*), n.p. 51.

<sup>560</sup> “1. No es criminalmente punible el hecho, siempre que su ilicitud sea excluida a través del orden jurídico, así considerado en su totalidad. 2. Nombradamente, el hecho no es ilícito, si es practicado: a)/c). d) Con el consentimiento del titular del interés jurídico lesionado” (el original: “1. O facto não é punível quando sua ilicitude for excluída pela orden jurídica em sua totalidade. 2. Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a)/c). d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado).

<sup>561</sup> “Además de los casos especialmente previstos en la ley, siempre que el hecho se refiera a intereses jurídicos libremente disponibles y no ofenda las buenas costumbres, el consentimiento excluye su ilicitud” (el original: “Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”).

FIGUEIREDO DIAS<sup>562</sup>, p. ej., entre los muchos autores lusitanos (*es decir, dualistas aún mayoritarios y unificadores en ascensión*<sup>563</sup>), expresa una **creencia jurídico-separatista** muy característica y fuerte, con el empleo de un lenguaje retórico y elegante, y aboga por la inclusión del *consentimiento* entre las causas de **justificación** del CPP, añadiendo “no tener razón quien piensa de conformidad con ello” (*la teoría de la unificación*). Y prosigue el maestro de la Universidad de Coimbra que “seguramente, con respecto a bienes jurídicos individuales y disponibles, la ley estará siempre protegiendo el valor del poder de disponer del titular” aunque ello “no significa que en todos casos dicha ley se aleje de su función (primaria) de tutela del bien jurídico<sup>564</sup>”.

Además de otros argumentos ya antes refutados en esta investigación, dicho autor portugués<sup>565</sup> cita a LUHMANN para apuntar al **conflicto** que acaece, en **determinados** presupuestos consentidos, entre el “sistema personal” y el “sistema social”, lo que refleja la necesidad de analizar efectos atípicos (*cuando hay un acuerdo*) y efectos justificantes (*siempre que ocurre un consentimiento*). Así, en ejemplos como permitir el titular del bien que otro le pegue o que le destruya una joya, contrariamente al entendimiento unificador, para dicho autor portugués puede que se encuentre el jurista, a su juicio, con una causa justificante. Es conclusivo FIGUEIREDO DIAS, sobre todo cuando refiere que “no el simple acuerdo, sino verdaderamente el consentimiento es el que actúa como una auténtica causa justificante<sup>566</sup>”.

El eje de ese conflicto está en que son individuales y disponibles para la unificación (*y por lo tanto contienen efectos verdaderamente atípicos, tras mediar el consentimiento válida y eficazmente*) todos los bienes que se encuentran en el **ámbito de la esfera de dominio de su titular**, lo que no coincide con la perspectiva separatista, que impone frenos dogmáticos a los efectos del *consentimiento* en el marco de la teoría jurídica del delito, manteniendo el *status* de bien jurídico del objeto sobre el que consiente

---

<sup>562</sup> *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I... cit.*, p 443 (el original: “cremos não assistir razão a quem pensa assim”).

<sup>563</sup> De cierto modo aun aludiendo en el sentido de esta observación el propio FIGUEIREDO DIAS: *idem supra*, p 442, *in fine*.

<sup>564</sup> *Ibidem*, pp 443, *in fine*, y 44 (el original: “Decerto que relativamente a bens jurídicos individuais e disponíveis a lei não deixará nunca de entrar em linha de conta com o valor de proteção do poder de disposição do titular. Isso não significa porém que em todos estes casos ela se desinteresse da sua função (primária) de tutela do bem jurídico”).

<sup>565</sup> *Ibidem*, pp 444 y 445.

<sup>566</sup> *Ibidem*, p 445 (el original: “não o simples acordo, mas verdadeiramente o consentimento funciona como uma auténtica causa justificativa”).



y renuncia su titular en lo que a la protección penal se refiere, resultando, en su mejor desarrollo, un efecto solamente justificante, con lo que no podemos concordar, debido a los muchos fundamentos ya expuestos, además de otros más que vendrán a continuación de esta investigación.

Acerca de este tema, ROXIN<sup>567</sup> **plantea**, *verbo ad verbum*, que “cuando el art. 38, N° 1 del C.P. portugués dice que el consentimiento excluiría la antijuridicidad, según mi opinión, esto no se opone al parecer aquí defendido, según el cual el consentimiento excluye ya la tipicidad. Pues el legislador no ha decidido sobre la cuestión sistemática, sino sólo ha querido expresar bajo cuáles presupuestos una conducta es legal en caso de consentimiento del portador del bien jurídico. Cuando, tal como yo postulo, ya está excluido el tipo, con más razón lo está la antijuridicidad, de manera que también la admisión de una exclusión del tipo todavía es compatible con el tenor del C.P. portugués”.

También **recordando**, las justificantes se basan en los principios de ponderación de intereses y de estado de necesidad, lo que no sucede con el *consentimiento* válido y eficaz, que se fundamenta en **la libertad de acción constitucionalmente asegurada**, resguardando el Derecho fundamental de autodeterminación de la persona. Así, aunque sólo tenga un significado literal equivocado, bajo la racionalidad y obviedad jurídicas del punto de vista unificador, también por esto no está bien ubicada la cuestión del *consentimiento* válido y eficaz en términos formales en el marco del Código Penal Portugués, *v.g.* De igual modo, merece **reiterar** la perspectiva lógica de ROXIN de manera que resulta muy evidente que, antes de ser excluida la punición con la práctica del hecho, siempre que su ilicitud sea anteriormente excluida por el orden jurídico considerado en su totalidad, es todavía más seguramente excluida la punibilidad de la acción del autor del hecho cuando su propia ilicitud **ya esté excluida por la anterior atipicidad** del hecho correspondiente.

En fin, siempre que la Ley habla de **exclusión de responsabilidad penal**, si lo hace bien a través de una causa **justificante**, mejor y más seguramente lo hace por intermedio de la **atipicidad** del comportamiento humano, aunque pueda él estar inadecuadamente ubicado en el esquema de un Código penal entre causas de

---

<sup>567</sup> `Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - Dogmática y Política Criminal... cit., p 135, n.p. 16.

justificación. La atipicidad ya **aleja** con anterioridad dogmática-metodológica la propia necesidad de evaluar tanto la presencia a ella subsiguiente tanto de una **justificante** como de una causa de **exculpabilidad**, dentro del marco de la teoría jurídica del delito, cuando el sistema jurídico así lo permita, a ejemplo de los Estados democráticos de Derecho (*merece recordar a España, Alemania, Brasil, Italia, Portugal, Francia, Suiza, Argentina, México, etc.*). Es lo que acaece con respecto al *consentimiento* jurídico-penal eficaz.

Otro importante ejemplo legislativo de expresión formal-literal equivocada hacia el separatismo jurídico, mientras se esté afiliado a la perspectiva monista que expongo y adopto, a partir (*pero no totalmente*) también del punto de vista basilar de ROXIN, y que **merece ser tratada**, aunque muy brevemente, sí, con respecto a la correcta valoración del *consentimiento* de manera efectivamente **atípica**, es la ubicación del art. 50<sup>568</sup> del **Código Penal de Italia**. Dicho artículo es tratado literalmente entre los elementos negativos de la conducta ilícita, como por ejemplo lo enfoca PAGLIARO<sup>569</sup>, v.g., entre las justificantes de ejercicio legítimo de un derecho<sup>570</sup>, cumplimiento de un deber<sup>571</sup>, legítima defensa<sup>572</sup>, estado de necesidad<sup>573</sup>. En el país de los “doce Césares” la mayoría de sus ilustres juristas permanece empleando el carácter dualista del *consentimiento* todavía. Sin embargo, de igual modo allí se refleja el despliegue de ese movimiento globalizado de difusión del ideal monista.

Entonces, se **deduce** que de la misma manera que para el caso de la disposición normativa-literal equivocada del CP Portugués, la **firmeza** de la creencia lógica y la **garantía** jurídica resultante, con la aplicabilidad de los postulados constitucionales unificadores-liberales, dispone de un eficaz instituto jurídico-dogmático para muy bien **rechazar** la idea idéntica contenida también en la redacción del art. 50 del CP italiano.

---

<sup>568</sup> “No es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho bajo consentimiento de la persona que pudo disponérselo validamente” (el original: “non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre”).

<sup>569</sup> PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale – Parte generale* – Quinta edizione, Milano/Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, pp 428/433. Con idéntico significado, véase, v.g., a MANTOVANI (*Diritto Penale – Parte Generale... cit.*, pp 249/286).

<sup>570</sup> El original: “Esercizio di un diritto”. *Idem supra*, pp 433 y ss.

<sup>571</sup> El original: “Adempimento di un dovere”. *Ibidem*, pp 437 y ss.

<sup>572</sup> El original: “El original: “Difesa legittima”. *Ibidem*, pp 439 y ss.

<sup>573</sup> El original: “Stato di necessità”. *Ibidem*, pp 445 y ss.

De todo lo expuesto, es conclusivo y verdadero afirmar que dicho raciocinio de resultado **atípico** general para el *consentimiento* auténtico, válido y eficaz, es igualmente **muy adecuado** en lo que se refiere a su empleo para artículos específicos de Partes especiales como, *verbigracia*, el 156 (*trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugías transexuales efectuadas bajo consentimiento*) del CPE o el art. 128, II, 1ª parte (*práctica de aborto con el consentimiento de la gestante y cuyo embarazo resultó de una violación sexual*), del CPB, etc., que se dirigen a eximir de “responsabilidad penal” y de no punibilidad, respectivamente.

#### **2.3.4.8 REFLEXIONES SOBRE EL PLANTEAMIENTO ROXINIANO.**

Efectivamente la teoría liberal de ROXIN, expresando ya un lógico desarrollo de la propia teoría monista, significa un **avance extremadamente importante** para el tema complejo y amplio del *consentimiento*. Sus premisas, asegurando todavía más el carácter dogmático de **atipicidad** del *consentimiento* conjunto (*acuerdo y consentimiento*), son planteadas con evidente y fundamental relieve científico a la **Política criminal**, destacando su formidable base **jurídico-social** (*que le es imprescindible*) y un sentido **democrático** y absolutamente adecuado al ámbito sistemático de los Estados de Derecho.

Es seguro afirmar que si el pensamiento monista elemental, por sí sólo, ya es una teoría absolutamente **inadecuada** a los breves de los Estados anti-democráticos (*porque también garantiza la libertad del individuo*), aún más se constituye algo **impensable** para el marco jurídico de dichos sitios de fuerza los postulados, sobre todo constitucionales, de expresión particularmente amplia de libertad y autodeterminación de la persona (*al desarrollo más amplio de su propia personalidad*) en los que se basa la justa **perspectiva liberal** de ROXIN.

Sin embargo, en ningún momento representa el monismo liberal una expresión de **libertad sin frenos**, lo que equivaldría a un paso adelante para el libertinaje y la propia desobediencia civil hacia la **destrucción** gradual del Estado de Derecho. Bienes jurídicos colectivos, intereses estatales legítimos y lícitos y la protección de la

persona contra sí misma son algunos aspectos que **limitan**, o **prohíben**, el ejercicio libre de la voluntad.

A partir de estos breves apuntes y referencias de ROXIN, acuerdo y *consentimiento* son analizados de manera firme y determinada como un **verdadero conjunto de causas de atipicidad**, sin que tenga mayor sentido mantener sus distinciones en el ámbito de la teoría jurídica del delito, incluso porque cada tipo tiene sus características propias, las que necesitan ser evaluadas por sus estructuras específicas.

Por toda esta investigación, principalmente debido a su **acercamiento** con dicha teoría liberal unificadora, es posible leerse varias otras perspectivas del maestro de Munich, aunque, por supuesto, no todas están de acuerdo a los puntos de vista expuestos como eje de esta obra.

## 2.4 EL CONSENTIMIENTO ANTE LAS TEORÍAS DE LA ADECUACIÓN SOCIAL Y DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Como antes hemos referido en parte, la teoría de la **adecuación social** – desarrollada por WELZEL<sup>574</sup> con reconocida originalidad en el siglo pasado (década de 1930) –, ha surgido como una teoría de individualización de la causalidad, aunque desde años (y sobre todo hoy), tenga un sentido real de **teoría de la imputación**<sup>575</sup>, bajo una historia cambiante y a lo que ha valorado ROXIN, refiriéndola como un **principio**<sup>576</sup>. Dicha teoría se basa en la acción como causa de un determinado resultado histórico, ético y socialmente acepto y hasta natural, lo que significa decir que el mismo resultado debe ser el producto conocido de la acción respectiva en el medio colectivo. Así, el elemento gramatical puede estar contenido en la descripción del tipo formal, pero materialmente **no hay tipicidad**<sup>577</sup>.

---

<sup>574</sup> *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939).

<sup>575</sup> Con esa afirmación, véase, por ej., a PÉREZ ALONSO, en *Delitos de acción. La tipicidad (II)* – Derecho Penal – Parte General... cit., p 437.

<sup>576</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 294/297.

<sup>577</sup> Igualmente he señalado en este mismo Capítulo II, al tratar de los grados del injusto penal, que es jurídica y legalmente importante no confundir el principio de adecuación social (causa de atipicidad) con los principios de insignificancia y tolerancia. Éstos, interfieren en el marco de la antijuridicidad material, ya que no hay una adecuación social a su respecto, sino una admisibilidad (por la insignificancia del comportamiento humano) o una tolerancia (por la pequeña significación del comportamiento), que son términos gramática y

Desde luego merece citar a MIRABETE<sup>578</sup>, cuando recuerda que la nombrada **teoría social de la acción** (*también de la acción socialmente adecuada o normativa*) “surgió como un puente entre las teorías causalista y finalista<sup>579</sup>”, a partir de la valoración del comportamiento humano como la conducta de relieve social, bajo control de la voluntad del individuo<sup>580</sup>. Por supuesto, dicha teoría sufre determinados rechazos de parte de la doctrina, no obstante esto no merezca otras referencias en esta investigación, tanto a causa de sus frágiles argumentos como de la **importancia creciente** que ha conquistado la adecuación social en el marco de los sistemas democráticos de Derecho.

Las conductas adecuadas socialmente (*las que no carecen necesariamente de las presencias del otorgante y del otorgado – como en el consentimiento –, sino que pueden ocurrir con sólo la deliberación personal del autor: por ej., uno que desvía la sangre que debería llevar para reforzar la reserva correspondiente de un determinado hospital, entregándola en otro nosocomio que sabía que lo necesitaba más, no obstante por la mañana temprana del día siguiente recoja nueva sangre y la entregue al primer sitio, sin causar algún perjuicio a nadie*) son una **realidad amplia** y su utilización como instrumento jurídico de alejamiento del interés penal se puede observar en situaciones deportivas, de tráfico (*aéreo, terrestre y marítimo*), empresariales, en el ámbito de las lesiones en general, etc. Entre inúmeros ejemplos concretos de acciones positivas en el **cotidiano jurídico/social**, se puede citar: algunos golpes desplegados en la práctica del judo (*del kárate, sumo, boxeo, jiu-jitsu, etc.*), que no entran dentro de lo rigurosamente permitido, que se producen sin el consentimiento del adversario, pero son adecuados

---

técnicamente distintos en sus significados e implicaciones. No obstante, debemos señalar que las conductas penalmente insignificantes o toleradas – infracciones de bagatela (*también, en Derecho español*), de poca monta (*idem, en Derecho alemán*) o ambas, sinónimas (*en Derecho brasileño*) –, siempre que antecediendo sus prácticas haya mediado el consentimiento auténtico con validez y eficacia, ello, lógicamente, hace que dichos comportamientos, los que normalmente justificarían materialmente las conductas respectivas, las tornen atípicas.

<sup>578</sup> *Manual de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 103 (el original en portugués: “A teoria social da ação {ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou normativa} surgiu para ser uma ponte entre as teorias causalista e finalista”).

<sup>579</sup> Brevemente, recuerdo que para los dogmas tradicionales del “causalismo” es suficiente que alguien sea responsable por la práctica de una acción, y que de ella se haya derivado un resultado formalmente típico, al que se le pueda aplicar una imputación penal (*el causalismo tiene una presencia procesal de la prueba muy evidente y fundamental*), mientras para el “finalismo”, además del nexo causal entre la acción y el resultado típico-penal que le corresponde, es imprescindible la expresión por mínimo razonable de la intención del autor de la acción hacia dicho resultado para que se le pueda imputar la responsabilidad penalmente.

<sup>580</sup> En ese sentido, dicho MIRABETE recuerda a JOHANNES WESSELS (*idem supra*, p 103 y n.p. 3).

socialmente porque el autor no tubo la **intención**<sup>581</sup> de lesionar a la integridad física de su opositor en aquellas circunstancias; lo mismo se puede decir con respecto a un conductor que para su coche por algunos instantes interrumpiendo el tráfico normal, mientras coge algunos papeles de su interés rápidamente en una oficina, sin resultar perjuicio material y psicológico a nadie, etc.

La **doctrina diverge** con respecto a la ubicación de la adecuación social dentro de la teoría jurídica del delito. Algunos, señala ROXIN<sup>582</sup>, la adoptan como causa de **exclusión del tipo**, otros a nivel de **causa de licitud** y otros como **exculpación**, depender dicha clasificación, según MIR PUIG<sup>583</sup>, “del concepto de tipo que se maneje y de su distinción respecto a las causas de justificación”. El mismo MIR PUIG<sup>584</sup> recuerda que, *verbigracia*, la doctrina dominante en Alemania “se inclina” por la adecuación social como una causa de **atipicidad**. De igual modo, en España<sup>585</sup> y Brasil<sup>586</sup> la cuestión sistemática no es pacífica todavía.

No obstante el *consentimiento* válido y eficaz sea un instituto jurídico que tiene una base complementaria y muy importante socialmente adecuada, además de político-criminal y jurídicamente justa, la acción practicada por el autor, bajo la mediación del permiso otorgado por el titular del derecho respectivo, tiene un fundamento estructural evidentemente distinto de la acción adecuada socialmente: la **libertad de autodeterminarse** “garantizada constitucionalmente<sup>587</sup>”, incluso como expresión de Derechos humanos<sup>588</sup> y fundamentales. En suma, **consentimiento es una cosa** y adecuación social **es otra**. Sin embargo, suele encontrarse los dos en un mismo supuesto, cuando un hecho practicado bajo *consentimiento*, válida y eficazmente, es

---

<sup>581</sup> Sobre la complejidad del dolo y de la imprudencia en el ámbito de las lesiones deportivas, véase a MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, en ‘*Derecho Penal y Deporte*’ (35 y ss) – *Revista Andaluza de Derecho Penal del Deporte* – núm. 1, 2006, en fase de publicación y gentilmente cedida por el autor.

<sup>582</sup> ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 294.

<sup>583</sup> *Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 517 e 518.

<sup>584</sup> *Idem supra*, p 516.

<sup>585</sup> Por todos, véase a MIR PUIG, *ibidem*, pp 516 y 517.

<sup>586</sup> Véase, por ej., a MIRABETE, en *Manual de Direito Penal – Parte Geral...* cit., pp 103 y 104.

<sup>587</sup> ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 518.

<sup>588</sup> Tratar de Derechos humanos con justicia, implica la necesidad de tener conciencia acerca de su significación e importancia social y político-jurídica. Ello recuerda la firme advertencia de EDUARDO FARIA, citado por MORILLAS CUEVA (*Derecho Penal – Parte General...* cit., p 110): “... la universalización y la realización de los Derechos humanos viven hoy una situación paradójica, cuanto más afirmados son, más negados resultan; dado que se concretizan por reivindicar lo no-establecido, al ofrecer un

también un hecho por sí sólo socialmente adecuado: cuando uno consiente que médicos le quiten un riñón para donarlo a un amigo, esto significa un *consentimiento* socialmente adecuado; cuando un atleta sufre varios golpes de pugilismo en una disputa y dentro del marco del *consentimiento* otorgado; etc. Además, se deduce que la presencia complementaria de lo socialmente adecuado dentro del ámbito de los casos de *consentimiento* eficaz es más común que la constatación de un *consentimiento* dentro del marco de las conductas socialmente adecuadas.

Así, se puede decir que el *consentimiento* está jurídicamente algo más asegurado que una adecuación social. Ello significa una expresión muy peculiar de la libertad individual de autodeterminarse como patrimonio de garantía jurídica y expresión de Derecho fundamental hacia el desarrollo de la **personalidad del individuo**, lo que es absolutamente legítimo. Ante todo, sea a través del *consentimiento* o de la adecuación social, en ambos casos resulta efectivamente impedida cualquier **imputación objetiva** de la conducta del agente.

Constituye una verdadera **transformación** (*y de características extremamente positivas*) en el ámbito de la imputación penal la teoría de la **imputación objetiva**. A su respecto, apunta su propia historia y aseguran varios investigadores haber ella partido de las teorías de la adecuación social<sup>589</sup> y de la relevancia jurídica<sup>590</sup> (*MEZGER*), aunque en cierto modo esté todavía en proceso de elaboración<sup>591</sup> por lo que se refiere a algunos de sus aspectos. Sin embargo, los **avances** que vienen implementando a la imputación objetiva los científicos del Derecho, sobre todo, a través de planteamientos como los que ha desarrollado con maestría ROXIN<sup>592</sup>, es una realidad tan pujante que dicha teoría tiene un **empleo creciente** y necesario para la realización de la justicia, como principal finalidad del Derecho, en el marco práctico de los sistemas

---

sentido para los defensores de la dignidad del hombre libre y emancipado, los Derechos humanos se presentan ante el siglo XXI como una simple interrogante, en ningún caso como una certeza”.

<sup>589</sup> Véase con objetividad, p.e., el ítem a), anterior.

<sup>590</sup> Sobre la teoría de la relevancia jurídica (*MEZGER* fue su mayor representante), es oportuno recordar que tiene como razón de su surgimiento la de servir a la individualización de la causalidad, limitándola. No obstante, desde años ha sido utilizada como otra teoría de la imputación penal, que se emplea sin desprecio inicial a una adecuación jurídica satisfactoria, mientras destaca la relevancia típica del comportamiento humano respectivo del autor. Así, la causalidad no prescinde de relevancia jurídica, lo que denota la tipicidad y entonces permite la imputación penal hacia el resultado, a través de un nexo jurídicamente importante.

<sup>591</sup> Vide a NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, en *Derecho Penal – Teoría del delito I*, Santiago do Chile/Chile, McGraw-Hill, 1998, p 120.

<sup>592</sup> P. ej., en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 342/411.

penales modernos, que acuden a ella para la solución justa de casos reales a nivel de Tribunales, construyendo (*cualitativa y cuantitativamente*) una **lógica** y **segura** jurisprudencia.

La imputación objetiva (*que es una teoría estudiada con énfasis desde los últimos sesenta años*<sup>593</sup>), bajo su estructura más moderna, es decir, prestando especial atención al enfoque **teleológico-racional**, plantea dos cuestiones distintas y que necesitan solucionarse sin ser confundidas, “como sucedía con el dogma causal<sup>594</sup>”. Los criterios jurídicos empleados con la teoría de la imputación objetiva **restringen** procesalmente el ámbito de la acusación, porque identifican exigencias objetivas a una imputación penal más justa y segura, sin perjuicio del aspecto subjetivo, lo que tiene se analizará en el momento apropiado. Sus bases, por tanto, están afirmadas a partir de **dos puntos esenciales**: **a)** la imputación objetiva del **comportamiento** (*el problema naturalístico*) y **b)** a imputación objetiva del **resultado** (*el problema jurídico*).

JAKOBS<sup>595</sup>, v.g., examina el **primer punto**, destinado a todos los delitos, dividiéndolo en **cuatro criterios**, que excluyen la responsabilidad penal del autor, una vez esté presente uno cualquiera de ellos en el caso concreto: **a)** el **riesgo permitido** (*el principal criterio, según entiende DAMÁSIO DE JESUS*<sup>596</sup>, *el que una vez constatado, no expresa interés jurídico para imputación penal cualquiera*); **b)** el **principio de confianza** (*la responsabilidad del resultado se desvía del autor a un tercero*); **c)** la **prohibición de regreso** (*hay un comportamiento prohibido anterior al resultado directamente causante de la violación del standard, lo que impide un regreso hacia otras acciones cronológicamente anteriores, que podrían seguir así incluso sin llegar a un fin*); **d)** la **competencia de la víctima** (*donde se analiza tanto la auto como la heteropuesta en peligro*<sup>597</sup>, *además de las situaciones generales o no de desgracia*).

---

<sup>593</sup> En ese sentido, p.e., léase a ROXIN, en el mismo *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 363. Como un “precursor relativamente poco atendido”, ROXIN cita a HARDWIG (n.p. 59).

<sup>594</sup> PÉREZ ALONSO, en *Delitos de acción. La tipicidad (II)* – *Derecho Penal – Parte General...* cit., p 435. Antes, vide a ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 363/365, por ej.

<sup>595</sup> JAKOBS, Günther, en *La Imputación Objetiva en Derecho Penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), primera reimpression. México, D.F., Ángel Editor, 2002. pp 22 y ss.

<sup>596</sup> DAMÁSIO DE JESÚS, E., *Imputación Objetiva*, 2ª edición. São Paulo/SP/Brasil, Editora Saraiva, 2002, p XVIII.

<sup>597</sup> Ambas, la auto y la heteropuesta en peligro, son también tratadas, v.g., por RAMOS TAPIA, María Inmaculada, en *La autopuesta en peligro como categoría dogmática de la imputación penal*, Granada/España, pp 1 y ss – Obra inédita –. Véase también en ese sentido a PÉREZ ALONSO, en *Delitos de acción. La tipicidad (II)* – *Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 452/458; DAMÁSIO DE JESÚS, en *Imputação*



El **segundo punto** se destina con énfasis a los delitos de **resultado**. Para que sea posible (y *adecuado*) imputar penalmente al autor del suceso, es imprescindible que se establezca la existencia de un nexo de causalidad, que necesita expresar un **relevante valor jurídico reprochable** entre la acción (*que causó el resultado*) y el resultado (*causado por la acción*). A ello se deben añadir los conocimientos especiales del respectivo autor respecto tanto a **condiciones** y **circunstancias personales** de la víctima como a la propia **situación** de hecho.

Tanto las acusaciones basadas en sospecha como aquéllas fundamentadas en meros indicios y aún las condenas sin un juicio de certeza pleno, p.e., son **rechazadas** bajo este ejercicio de razón y lógica, como una fuerte expresión de garantía jurídica.

Así, es imputable **sólo** uno que haya **causado** un **riesgo** formal y materialmente prohibido en la ley (*violando un standard*) y cuyo **resultado** haya acaecido por su responsabilidad, a partir de un nexo de causalidad jurídicamente **relevante** y obviamente **reprochable**, que le resulte jurídico-legalmente imputable.

Cuestiones de imputación penal a nivel de delitos **imprudentes** o **tentados**, no solucionadas satisfactoriamente con empleo de otras teorías (*causal, finalista...*), alcanzan también patente finalidad dogmática y justa bajo el empleo de la imputación objetiva<sup>598</sup>, con un despliegue efectivamente mayor que relativamente a los delitos dolosos. Ocurre que frente a las conductas típicas **dolosas**, normalmente el empleo de alguna de las otras teorías de la imputación penal puede ser suficiente para solucionar el caso, dentro del ámbito de justicia buscado.

CUELLO CONTRERAS<sup>599</sup>, v.g., refiriéndose al marco de los delitos “contra la vida y la integridad”, **recuerda** que ahí “se puede comprobar muy bien que el

---

*Objetiva... cit.*, pp 55 y ss; JAKOBS, *La Imputación Objetiva... cit.*, pp 27 y ss; ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 386/402, entre muchos otros autores.

<sup>598</sup> No trataré con más detalles otros aspectos de la imputación objetiva, con referencia a estos temas (tentativa e imprudencia), tanto a causa de no desviar demasiado el objeto central de esta investigación como porque su tratamiento jurídico ya se deduce con razonable suficiencia de los planteamientos a los que me he referido en este Capítulo).

<sup>599</sup> *El Derecho Penal Español... cit.*, p 729.

consentimiento es una causa específica de exclusión de la tipicidad no reconducible al criterio general de la imputación objetiva, por basarse en fundamentos distintos”. El Catedrático de la Universidad de Extremadura añade que es **determinante** tanto el conocimiento del autor como del otorgante del *consentimiento*, “representando los mismos riesgos”, consintiéndolos, y desde que el “Ordenamiento jurídico lo permita y no lo prohíba mediante regulación expresa de la irrelevancia del consentimiento<sup>600</sup>”, para que se imponga este instituto y no acuda el aplicador del Derecho a la teoría de la imputación objetiva.

Tras esas consideraciones anteriores con respecto a la **importancia** de la teoría de la **imputación objetiva**, se **deduce** que sólo se la debe emplear, como el instrumento de garantía jurídica que claramente es, si ya no haya mediado el *consentimiento válido* y **eficaz**, que la hace innecesaria y lleva sus efectos genérica y obviamente atípicos a todo el suceso consentido. Ello, a causa de la estructura de base directamente constitucional del *consentimiento*, como expresión del Derecho fundamental de autodeterminación de la persona, hacia el desarrollo de su personalidad y la valoración de su dignidad, de conformidad a la perspectiva a que nos filiamos en esta investigación, lo que hace que dicho acto de otorga se considere político-criminalmente de igual modo anterior al análisis de la teoría de la imputación objetiva.

**No obstante**, siempre que el hecho es practicado por el autor sin el *consentimiento* del titular del derecho, desconociendo el *consentimiento* otorgado o bajo *consentimiento* pero sin validez, es cuando se debe evaluar la cuestión de la aplicación de la segura teoría de la imputación objetiva.

---

<sup>600</sup> *Idem supra*, p 730.

## **CAPÍTULO III**

### ***REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO***

## I - CONSIDERACIONES GENERALES.

El *consentimiento*, ya lo reitero, constituye un instituto de gran importancia tanto para el universo jurídico-garantizador de la Ciencia penal, incluso expresando Derechos fundamentales con base constitucional, como para el propio bienestar **amplio** de la persona. Por supuesto que el análisis de los requisitos del *consentimiento* válido y eficaz en Derecho penal, sobre todo a nivel de su relieve como teoría, aunque no implique jamás las mismas exigencias que en el ámbito del Derecho civil<sup>601</sup> (*son institutos distintos en sus estructuras*), está involucrado en una amplitud de conceptos y perspectivas científicas, a menudo bajo influencia de la teoría que se ha determinado seguir el jurista que los esté investigando, es decir, de la **monista** o de la **dualista** (*básicamente*), además de la diferenciación<sup>602</sup>. En lo que se refiere a la cantidad y variedad de los requisitos que han de observarse para un *consentimiento* con validez y eficacia, su estructuración sistemática es en cierto modo y genéricamente la misma bajo cualquier teoría que se adopte. Así, es que residen en las elecciones para interpretar su configuración dogmática, su amplitud, sus efectos respectivos y su aplicación práctica, opiniones divergentes.

Siguiendo el ejemplo de todo lo que se relaciona con el *consentimiento* dentro del marco del sistema jurídico-penal y constitucional, la teoría de sus requisitos se ha desarrollado (*y como tal permanece desarrollándose*) a lo largo de la historia de este magnífico instituto jurídico de expresión de libertad y autodeterminación, dentro del ámbito del **Estado de Derecho**.

Empero, es oportuno plantear que esa lucha por el Derecho justo, bajo el prisma de un **Estado no garantista**, se tornaría sistemáticamente ardua y prácticamente inoperante en su tarea de expresión y seguridad de libertad y autodeterminación, desarrollo de la personalidad y enaltecimiento de la dignidad de la persona, como plantea dicha teoría **unificadora**, que representa patentemente una indudable forma de afirmación de Derechos humanos.

---

<sup>601</sup> En *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 513, recuerda MIR PUIG: “capacidad jurídico-civil”.

<sup>602</sup> Mantenido “esencialmente por Jakobs”, como antes he señalado y a ejemplo de lo que recuerda, p. ej., POLAINO-ORTS, tratando del tema bajo crítico análisis monista también en *¿Volenti non fit iniuria?... cit.* (referencia en internet).

ARIEL DOTTI<sup>603</sup>, *verbigracia*, cita que para que el *consentimiento* pueda **tener valor** jurídico-penal eficaz, son fundamentales cuatro exigencias: “a) que el consenso del titular del derecho sea libre, sin ninguna coacción, simulación, fraude u otro vicio de la voluntad; b) que el ofendido, en el momento de consentir, pueda comprender el significado y las consecuencias de su decisión, es decir, que disponga de capacidad para entender y querer; c) que el bien jurídico esté dentro del ámbito de disponibilidad de su titular; d) que ocurra una identificación entre el tipo de ilícito realizado y lo que fue previsto, resultando el objeto del consenso del ofendido”.

Aunque la perspectiva de este autor brasileño sea adecuada a la amplitud de los requisitos del *consentimiento*, **investigarlos minuciosamente**, es decir, identificándolos más específicamente y con sus desdoblamientos y detalles, significa **referir, reflexionar, conocer y emplear** con una todavía mayor importancia dogmática este rico instrumento de democracia jurídica para los fines específicos que me propongo en esta investigación. Así es como intentaré hacerlo a continuación.

## II - CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO NATURAL.

Sin **discernimiento** (*antecedido por la voluntad natural, que es suficiente por sí sola para dar validez y eficacia en los supuestos de consentimiento del primer grupo {o acuerdo propiamente dicho para los seguidores más tradicionalistas de la teoría dualista}*), que significa **interés** y **voluntad**, bajo **comprensión** y condiciones para sopesar las **consecuencias** del *consentimiento*, sea asegurado de manera **mínima** (*para su segundo grado, también según la perspectiva unificadora que adopto*) o **satisfactoria** (*para su tercer rango*), no hay que hablar de validez ni, consecuentemente, eficacia, conforme ya he planteado anteriormente<sup>604</sup>.

Sin embargo, no se puede, con seguridad razonable, plantear una regla general sobre la capacidad para consentir que se **aplique con rigor a todos** los supuestos jurídicos o a las variaciones estructurales que pueden presentarse en cada caso real, sobre todo con

---

<sup>603</sup> *Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 405. El original: “a) que o ofendido tenha manifestado a sua aquiescência livremente, sem sofrer qualquer tipo de coação, simulação, fraude ou outro vício da vontade; b) que o ofendido, no momento de aquiescer, esteja em condições de compreender o significado e as consequências de sua decisão, i.e., tenha capacidade de entender e de querer; c) que o bem jurídico, objeto do consentimento, esteja na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) que o tipo de ilícito realizado se identifique com o que foi previsto e se constitua em objeto do consenso do ofendido”.

respecto a la mayor o menor **protección** que a cada bien jurídico dedica la ley y el ordenamiento más ampliamente (*convengamos que permitir a uno que adentre en una morada para un vistazo no es lo mismo que consentir en una relación sexual y tampoco en una donación de órgano*). Así, que se necesita siempre un **análisis aislado** de los casos concretos (o *grupos de casos, como máximo*), para que entonces sea posible identificar la especie de capacidad que debe ser exigida para dar validez y eficacia al *consentimiento*, es decir, si debe exigírsele al titular del derecho solamente la **voluntad natural**<sup>605</sup>, el **discernimiento natural mínimo** o el **satisfactorio**. Se deduce que las reglas, con flexibilidad, sí que son posibles de aplicación más amplia, empero sólo para grupos de casos determinados, incluso porque una variación estructural suya cualquiera puede, por sí sola, cambiar el tipo de exigencia de capacidad para otros casos.

En el sentido de este planteamiento inicial, ROXIN<sup>606</sup> señala que es **imprescindible** “la idea de que ahí donde el consentimiento ya excluye la realización de un determinado elemento del tipo, sólo la interpretación del elemento concreto puede determinar las exigencia en cuanto a capacidad de comprensión”. No obstante, añade que “donde el consentimiento como causa de exclusión del tipo se coloca junto a los demás elementos del tipo, son admisibles afirmaciones generalizables”, ya que en dichos supuestos el *consentimiento* significa **únicamente** la “expresión de la libertad de acción en general”, además de las peculiaridades “de los elementos del tipo en particular<sup>607</sup>”.

A su modo y acerca del mismo tema, CUELLO CONTRERAS<sup>608</sup>, p.e., **indica** que “no cabe pensar en un único criterio común a todos los supuestos del consentimiento penalmente relevante”, pues su “tratamiento dependerá en cada caso de la función que cumple la protección del bien jurídico sobre el que se dispone en el tipo delictivo en que se consiente”.

JESCHECK/WEIGEND<sup>609</sup>, que citan a BLEI, LACKNER, MAURACH/ZIPF, BOCKELMANN/VOLK (*entre otros*) al tratar del *consentimiento* como “una figura jurídica

---

<sup>604</sup> Por ej., en el Capítulo II.

<sup>605</sup> Una observación me parece oportuna: un niño, por ej., que asiente a una solicitud de tercero y le entrega las llaves del coche de su padre, aunque no sea el titular del derecho de propiedad del respectivo bien móvil, puede serlo del derecho de elección en aquellas circunstancias bajo su mera voluntad natural, lo que, en principio, es capaz de excluir la tipicidad de la conducta del autor con respecto a un hurto (pero tampoco impide que se concrete en una estafa o una apropiación indebida).

<sup>606</sup> *Derecho Penal- Parte General – Tomo I... cit.*, p 536.

<sup>607</sup> *Idem supra*.

<sup>608</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, 733.

<sup>609</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 409 y n.p. 59.

autónoma en Derecho penal”, **manifiestan** que el “titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de renuncia al interés protegido y el alcance del hecho<sup>610</sup>”. **Además**, recuerdan que, “si en los menores de edad” e incluso los enajenados mentales, “falta la capacidad natural de raciocinio”, resulta que el representante legal encargado de cuidarlos es el que tiene el derecho-deber de otorgar el respectivo *consentimiento*, lo que, por oportuno, constituye una característica de los Estados de Derecho garantizadores.

La **edad formal** a partir de la que está **habilitada** la persona para practicar los actos de la existencia humana en general, es la de dieciocho años en España<sup>611612</sup>. Específicamente en Derecho penal español<sup>613</sup> y, por ejemplo, alemán<sup>614</sup> (*con matices relativas muy propias y variables*) y brasileño<sup>615</sup>, recuerdo que de manera también genérica es lo mismo; es decir, que igualmente a partir de los **dieciocho años** empieza la responsabilidad penal propiamente dicha para los mencionados semi-adultos. No obstante, en este punto la Legislación infraconstitucional específica (*Penal*) interfiere de manera decisiva. Dicha legislación lleva a cabo en ocasiones una **variación** de la edad formal que legalmente habilita para consentir con eficacia jurídica en determinados tipos de comportamiento, cuyo discernimiento exige peculiaridades variables según el rango que representa el bien jurídico susceptible de ser disponible por el titular del derecho, como objeto de protección para el tipo penal cuya conducta le corresponda.

En el supuesto de **España**, p.e., MIR PUIG<sup>616</sup> cita el caso en el que “el CP considera abuso sexual no consentido el que se ejecute sobre una persona menor de 13 años”, recordando la ineficacia de dicho *consentimiento*, aunque posea el titular del bien “discernimiento natural”. El autor enfocado también se refiere a la ineficacia del *consentimiento* otorgado por un menor en los presupuestos formales de los arts. 155 (*lesiones en general*) y 156 (*lesiones ocasionadas en trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugías transexuales*) del CPE.

---

<sup>610</sup> *Idem supra*, p 410.

<sup>611</sup> Art. 12 de la Constitución. Este dispositivo de rango superior fue anticipado por el Decreto Real nº 33, de 16 de noviembre de 1978, aunque haciéndose caso de sus efectos solamente civiles y políticos.

<sup>612</sup> *Idem* en Brasil (art. 228 de la CFB).

<sup>613</sup> Art. 19 del Código Penal.

<sup>614</sup> §§ 105 y ss de la JGG.

<sup>615</sup> Art. 27 del CPB.

<sup>616</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 513.

Precisamente por considerar de manera **abstracta** las variaciones psíquico-sociales (*y a veces necesariamente físicas*) en los diversos niveles de edad en las personas, de conformidad con criterios técnicos preestablecidos, la ley hace **distinciones** que, de modo general, están característicamente **bien puestas** y tratan de parámetros **fundamentales** para el equilibrio social en el marco del *consentimiento*, aunque a mi juicio no reflejan **siempre** y de manera perenne la concretización de la justicia real al servicio de todos, es decir, no solamente de la mayoría ciudadana, sino de todos los ciudadanos. El Derecho penal (*más directamente*) debe servir (*y servir bien*) a todas las personas lo más ampliamente que le sea posible, bajo los recursos de que dispone, como el método interpretativo teleológico e incluso el extensivo, por supuesto dentro del marco del sistema jurídico a que esté vinculado, que debe estar armónico entre sí y contener una expresión lógica pujante en cuanto al despliegue de su empleo y sus efectos de justicia.

Me refiero a que hay **excepciones** en determinados grupos de casos que huyen, debido a su propia **incontrolable naturaleza**, de la regla legislativa general, aunque constituyan hechos jurídicos como cualesquiera otros que la regla amplia abarca con justicia formal. Ellas, mientras tanto, no deben ser tratadas por un Derecho injusto (*bajo una igualdad formal o ideal inflexible*) solamente porque tengan una naturaleza distinta **sin culpa**. Así, es cierto que tanto hay personas discapacitadas psíquico-socialmente para consentir, no obstante tengan una edad formal (*existencial*) incluso superior a la mínima exigida para dicho ejercicio de derecho (*una persona portadora de ciertos grados del mal de Alzheimer, v.g.*), como hay otras cuya capacidad de discernimiento se ha desarrollado de manera **temprana**, de hecho (*y jurídicamente*) tanto como si fuera un individuo formalmente habilitado para consentir o incluso más, lo que implica la necesidad de analizar dichos supuestos prácticos bajo el prisma de la igualdad material o real, tratándolos proporcionalmente con justicia y respeto a sus Derechos fundamentales.

Por supuesto, es seguro afirmar que los menores en general, o mejor dicho, que los individuos que estén **debajo** de la edad formal determinada en la Ley como mínima para consentir en sus hipótesis variables, **no están autorizados** a hacerlo con validez y eficacia de conformidad a la norma directa por el sólo hecho de su edad.

El sistema garantizador del marco formal de la edad, como mecanismo legislativo de habilitación del individuo para consentir con validez, funciona muy bien en su sentido abstracto y también en gran parte concreto o subjetivo (*práctico*), pero no contempla



**situaciones especiales** (a ejemplo de lo que normalmente sucede con las reglas legislativas generales) – los **menores precoces** –.

Ningún Derecho que intente lograr la concretización del justo, puede dejar de considerar la aflictiva situación de ciertos menores precoces bajo la firme opresión que sufren del formalismo conservador, que no tiene el hábito de evaluar las situaciones utilizando los recursos que el **sistema jurídico abierto** les puede proporcionar positivamente, incluso desde el marco constitucional. La situación de dichos menores merece la **misma importancia** jurídico-garantizadora con que se tratan los casos de la regla amplia de los individuos habilitados por la edad para consentir, incluso se les debe dedicar una mayor atención dogmática, precisamente por tratarse de una excepción dentro de una delicada área jurídico-penal, involucrando a personas poseedoras de una naturaleza humana claramente distinta de lo normal, lo que específicamente significa decir que temprana en el árbol de la existencia. Ello implica la necesidad de considerar **principios, reglas** e incluso **valores** dentro del ámbito del sistema jurídico, sin sacrificio del positivismo ni de la legalidad, lo que resulta un esfuerzo adicional al usual del jurista, y sobre todo del aplicador del Derecho, pues en definitiva, **Derecho sin justicia no es Derecho...** porque jamás lo fue, aunque sí pueda ser un anti-Derecho.

El estado de precocidad en algunos menores constituye un fenómeno **real y patente**, además de **creciente** en muchos sitios en el mundo. Se trata de un problema que desde hace mucho tiempo merece mayor atención jurídica. Como personas que se adelantan psíquico-socialmente (*otras veces físicamente*) a su tiempo formal, es como mínimo justo que sean tratadas sin discriminación, respetando su valor humano, garantizándoles sus derechos inherentes a la condición de individuos, proporcionándoles su legítimo y justo bienestar. ¿Acaso no son personas los menores precoces? ¿Acaso no son titulares de derechos como todo ser humano, considerándolos en sus variaciones psíquicas y somáticas? Por supuesto que tratamos de personas, y por tanto de **titulares de derechos**, lo que por sí solo ya basta para dedicarles mayor atención y respeto en orden a su verdadero bienestar. En determinados supuestos prácticos, reconocer y dar validez y eficacia jurídica al *consentimiento*, sí que significa **proteger** persona contra el arbitrio incauto del Estado **intervencionista**.

No obstante, el tema de los menores precoces frente al *consentimiento* implica la necesidad de **reflexionarlo** profunda y aisladamente, pues se trata de una cuestión jurídica, social, cultural e incluso filosófica con matices complejos e involucrados en un **confronto** entre el principio de legalidad y otros principios y valores constitucionales vinculados a la persona

directamente (*igualdad real, proporcionalidad amplia, humanidad, libertad, dignidad, autodeterminación, justicia, etc.*), que requiere extrema dedicación y exclusividad. Por esto, es lógico no ser metodológicamente oportuno ir además de esos breves comentarios acerca de los menores precoces en esta investigación sobre el *consentimiento* en general. Sin embargo, los planteo como una forma de poner de manifiesto mi **inquietud** delante de este tema, el que trataré adecuadamente en otra oportunidad; en otra investigación.

### III-           **DISPONIBILIDAD JURÍDICO-PENAL DEL BIEN SOBRE EL QUE CONSIENTE SU TITULAR.**

Por supuesto que *est modus in rebus*. Ello significa que, aunque siga esta investigación jurídica una línea crítica, democrática y social-liberal muy definida político-culturalmente en lo que toca a la Ciencia penal, **no todos los bienes personales** jurídicamente protegidos pueden ser objeto de *consentimiento* válido por parte de su respectivo titular, y aún menos en todas circunstancias, lo que, si así fuera en ambos casos, sería inadmisibles filosófica, sociológica y jurídicamente en el marco de todo y cualquier sistema vinculado al **equilibrio** de las relaciones humanas en sociedad. Ello es así aunque sea indudable la base constitucional de la autodeterminación de la persona hacia el desarrollo amplio de su personalidad, pues lo que se atribuye como desarrollo, en determinadas **situaciones extravagantes** del comportamiento del individuo, puede tratarse de una lesión o amenaza tanto a la persona en particular como a bienes y valores jurídicamente protegidos y de titularidad colectiva.

Así, aunque a la persona le sea posible consentir, como expresión de **libertad** y **autodeterminación**, lo que significa decir que afirmando Derechos fundamentales inherentes a sí misma e incluso a menudo con despliegue social, ello no debe, y tampoco puede, ocurrir sin frenos cualesquiera, pues, si así ocurriera, tendríamos que asumir la evidencia fáctica-jurídica y lastimosa de un Estado permisivo y libertino. En líneas generales, siempre que el interés del Estado de Derecho (*de sus principios fundamentales, estructurales, legales y legítimos*) o la protección del individuo contra sí mismo lo justifique, el *consentimiento* pierde su poder de validez y consecuente eficacia. Ello acaece básicamente con respecto a los **bienes públicos materiales**, a los **bienes jurídicos de titularidad colectiva** y a los **bienes individuales o personales** que la ley determina como **indisponibles**.

## 1) LOS BIENES PÚBLICOS MATERIALES.

Dentro del marco de los Estados democráticos de Derecho, y **detallando** aún más la división axiológica (*quizás innecesaria para algunos*) de los bienes jurídicamente protegidos en categorías, podemos decir que los públicos materiales pertenecen de algún modo a las personas (*puentes, plazas, palacios, carreteras, ríos, etc.*), pero abstractamente. En concreto, y dependiendo de la naturaleza de cada bien público, normalmente los pueden utilizar los individuos bajo determinadas reglas de administración, pero disfrutándolos como ciudadanos y nada más. Es jurídico y político-constitucionalmente **imposible** consentir penalmente con respecto a estos bienes (*permitir la destrucción de puente público, el desvío de un río, la utilización de un palacio por particulares, etc.*). Este tipo de bienes los administra la gente (*el pueblo, más adecuadamente*) de forma **indirecta**, es decir, a través de representantes legales y públicos, nombrados (*tras prestar oposición o no*) o elegidos (*gobernantes y funcionarios de los tres Poderes del país*), que sólo pueden decidir cambios en el estado natural o artificial de esos bienes (*tanto con efectos penales como civiles y administrativos*) de conformidad a sus competencias específicas y según las reglas del proceso legislativo y/o administrativo a que estén vinculados, sin similitudes estructurales al *consentimiento* jurídico-penal al que apunta esta investigación. En verdad, dichos bienes están directamente vinculados al Estado como patrimonio destacadamente **material** de todos, y otorgar a los particulares capacidad para manifestar *consentimiento* jurídico hacia ellos sería básicamente **incompatible** con la estructura del orden estatal y de su propia preservación en pro de los intereses de la ciudadanía en general.

Así, el individuo (*particularmente o en grupo*) está **claramente** imposibilitado de consentir jurídico-penalmente sobre los bienes públicos materiales y tampoco sus administradores legales pueden hacerlo. Al fin y al cabo el *consentimiento* con validez y eficacia en Derecho penal es un acto de **autodeterminación de la persona** en particular, acerca de un **bien jurídico personal y disponible** dentro de su esfera de dominio, lo que guarda ninguna apariencia con la preservación y administración de los bienes públicos. Es esto tan obvio que la doctrina en general opta por ni siquiera referirse detalladamente a los bienes públicos materiales como absolutamente indisponibles para el *consentimiento* jurídico-penal válido, **incluyéndolos** de manera general (*y con claro acierto bajo sus perspectivas conceptuales más amplias*) entre los bienes colectivos o comunitarios, los que, por supuesto, también llevan el significado factual y el sinónimo primordial de origen y carácter público

jurídico-valorativo.

## 2) LOS BIENES DE TITULARIDAD COLECTIVA.

Esta categoría de bienes está categóricamente **inmune** a la validez del *consentimiento* penal, incluso desde la perspectiva de que en ella la acción pertenece a uno o más individuos *in concreto* (del CPE, *verbigracia*, los delitos de *bigamia* – art. 217; de *falsedad* – art. 390; de *nombramiento ilegal* – art. 405; de *prevaricación de Juez o Magistrado* – art. 446; de *acusación y denuncia falsa* – art. 456; de *falso testimonio* – art. 458; de *atentado contra la paz pública* – art. 557; etc.<sup>617</sup>). Ocurre que la protección jurídica que impone la ley a dichos bienes es **independiente del discernimiento** autorizador que pueda expresar la persona<sup>618</sup> (o personas) como facultad o incluso derecho (*en su significado más técnico*), ya que hay en principio un interés público-comunitario (*normalmente inmaterial*) superior que debe ser valorado e impuesto en defensa del **equilibrio social**.

Las manifestaciones de la comunidad deben ocurrir en conjunto y a través del **procedimiento** legislativo competente bajo el mando constitucional, en lugar de la **mera** expresión informal de la voluntad de uno o de unos en estos supuestos. Y exactamente a causa de la valoración constitucional es por lo que **debe** el aplicador del Derecho y el jurista en general evaluar con detalle cada caso que se presenta aisladamente, con el fin justo de identificar cuáles son los tipos penales en que es posible o no considerar y reconocer la **eficacia** del *consentimiento*. Ello significa una expresión muy segura de la garantía jurídica del Estado de Derecho y, a mi juicio, siempre con la preponderancia del principio del **interés colectivo**, aunque se trate de un tipo dañado donde recaiga alguna duda sobre la protección de un bien comunitario o estén simultáneamente protegidos un bien jurídico colectivo y otro individual (*el caso del art. 456 del CPE, p.e.*). Es obviamente justo, y hasta imprescindible jurídico-democrática y socialmente, reconocer y asegurar la vigencia de los derechos e **intereses privados**, empero desde que no haya perjuicios insoportables para los **intereses colectivos**.

---

<sup>617</sup> Por supuesto que los demás sistemas jurídicos basados en el Estado de Derecho, a ejemplos de Alemania, Brasil, Portugal, Italia, Francia, Argentina, México, etc., contienen tipos penales con descripción igual o semejante a los que referí con respecto a España.

<sup>618</sup> Semejante, *vide* a MIR PUIG en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 508.

COBO/QUINTANAR<sup>619</sup> recuerdan que “el *consentimiento del sujeto pasivo* no puede desplegar efecto alguno en todos aquellos delitos cuyo bien jurídico sea de titularidad colectiva”. Explican como **motivo** simple “que la colectividad o la comunidad no puede prestar de forma individual para un acto concreto ningún consentimiento”. No hay un *consentimiento* colectivo a nivel de delitos **contra la colectividad**, sólo siendo posible que sea “reflejada” la voluntad ciudadana “por medio de la Ley”.

Sobre los “bienes jurídicos de la colectividad”, JESCHECK/WEIGEND<sup>620</sup> **niegan** cualquier validez del *consentimiento* que los “ataque”, a causa de que la “facultad de disposición” de las personas en general no está dirigida a ellos. Característicamente, cuando uno consiente en el ámbito de los bienes comunitarios, sí que lo hace como persona, pero sólo materialmente, pues en verdad y más ampliamente se trata de una autoridad responsable por “la protección del Estado”, titular de una facultad y “dentro de unos márgenes estrechos<sup>621</sup>”, o bien de un particular que **no puede** disponer de un bien de la colectividad (*el ejemplo de la bigamia*), es decir, que obviamente no es particular.

Recordando la **imposibilidad conceptual** del *consentimiento* penal “frente a ataques contra *bienes de la colectividad*”, MAURACH/ZIPF<sup>622</sup> recuerdan ser él “inimaginable” siempre que se trate de amenaza contra “valores estatales o supraestatales”, incluso abarcando los delitos de peligro, con lo que estoy de acuerdo, a causa de la escala de valores y principios jurídicos, sobre todo, que debe ser **preservada** y **asegurada** como patrimonio inmaterial de la ciudadanía.

Un ejemplo más detallista que añadido, a partir de otro semejante citado por JESCHECK/WEIGEND<sup>623</sup> es el caso de un niño secuestrado por una banda, cuyo representante legal **consiente** en el hecho, ya que dicha aprobación no debe tener ninguna eficacia jurídica. Además, es importante señalar que el principio del **interés**, de la **protección** y del **bienestar del menor** debe preponderar como expresión de la misma garantía jurídica.

ROXIN<sup>624</sup> es **categorico** al afirmar que el consentimiento “está excluido de antemano”, con respecto a “bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad”. Añade

---

<sup>619</sup> *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p 157. Con el mismo sentido, véase, p.e., a COBO/VIVES en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 492 y 493.

<sup>620</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 408.

<sup>621</sup> *Idem supra*.

<sup>622</sup> *Derecho penal – Parte general... cit.*, p 290.

<sup>623</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 408, *in fine*.

<sup>624</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 525 y 526.

que siendo alguna “persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho”, aún así no es posible reconocer validez al *consentimiento* respectivo, a causa de la **indisponibilidad** del bien en dichos supuestos.

Tratando de la protección a los bienes comunitarios a nivel de principio, recuerda el propio ROXIN que no se **relativiza** su disponibilidad para admitir eficacia al *consentimiento* de un particular, aunque, advierte muy oportunamente, **suelen ocurrir** “dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico protegido es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular<sup>625</sup>”. En estos supuestos, sí que hay que en cierto modo relativizar el principio, como en el caso de la “acusación y denuncia falsas”, cuyo resultado analítico dependerá de la teoría a que acuda el jurista (*teoría de la administración de la justicia, teoría de la alternatividad, teoría de la acumulación, teoría del bien individual*<sup>626</sup>). Ello, y no me pongo con cualquier duda respecto a esto, significa la necesidad de hacer una **minuciosa evaluación** en cuanto a la especie de bien y la consecuente valoración jurídica que el tipo protege.

Dentro de la misma perspectiva, recuerda CUELLO CONTRERAS<sup>627</sup> que “no son bienes jurídicos disponibles aquellos que protegen intereses generales”, aunque puedan de igual modo proteger “bienes jurídicos individuales”, a ejemplo, entre otros, del falso testimonio, que “no suporta el consentimiento del perjudicado”, una vez que primordialmente intenta preservar “la verdad procesal” a nivel concreto de un bien **comunitario**. Sin embargo, y de modo muy **garantizador**, señala que ningún tipo de “consideraciones generales” debe alejar “la cuestión capital de analizar caso por caso en qué tipos delictivos cabe el consentimiento”.

Los bienes jurídicamente protegidos de titularidad colectiva, por lo tanto, y como ya he dicho, constituyen una **categoría inaccesible** para el *consentimiento* jurídico-penal válido y eficaz, afirmación ésta que de manera amplia no encuentra obstáculo entre los juristas en **general**.

---

<sup>625</sup> *Idem supra*, pp 526 y 527.

<sup>626</sup> El empleo de estas teorías no atañe fundamentalmente a la teoría del consentimiento, sino al bien jurídico añadido a los tipos particularmente, como bien lo recuerda ROXIN (*ibidem*, p 257 y 528), analizándose como tema metodológicamente adecuado en la Parte especial del Derecho penal. Por tanto, me permito no adentrar en ese asunto, manteniendo la fidelidad sistemática al eje de esta investigación. No obstante, acerca de la acusación y denuncia falsas, haré una referencia ilustrativa en el sentido de que, una vez se emplee a la teoría del bien individual, su efecto implicará la validez y eficacia del consentimiento, ya que el particular se ha librado de denuncias no justificadas.

<sup>627</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 732.

### 3) LOS BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES<sup>628</sup> O PERSONALES.

Son aquellos sobre los cuales puede actuar el *consentimiento* con validez y eficacia de manera **amplia** y efectivamente **concreta**. Como requisito esencial, desde que disponga el sujeto de la capacidad jurídica compatible en aquel caso determinado, es lógica la **disponibilidad** (o *renunciabilidad*) **jurídica absoluta**<sup>629</sup> del bien personal para que el titular del derecho respectivo pueda discernir en el ámbito de dicha disponibilidad y dentro de su esfera de dominio personal, expresando su libertad autodeterminada como afirmación de Derechos fundamentales.

Sin embargo, a mi juicio es oportuno, tanto jurídico-metodológicamente como incluso ideológicamente, con relieve axiológico y hasta empírico, acuñar (*además recordando en parte a citas anteriores*) que la **completa disponibilidad** (y la *indisponibilidad*) del bien jurídicamente protegido a nivel de objeto de *consentimiento* con efectos de validez, eficacia y atipicidad, puede acaecer básicamente de **dos maneras**: **a) directamente**, desde una determinada Ley o artículo (*p.e., arts. 156, 197<sup>630</sup>, etc. del CPE*), de **forma ideal**; y **b) a consecuencia** de la **armonía y lógica hermenéuticas** del **sistema jurídico-constitucional**

---

<sup>628</sup> Desde luego, merece la pena transcribir el punto de vista de SEGURA GARCÍA (*‘El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’* (883/898) – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal* (Coordinadores: Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer y Manuel Quintanar Díez) –, Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005, p 893) sobre los bienes jurídicos de carácter individual o personal, que entiende “que, como regla general, y como consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad garantizado constitucionalmente, los bienes jurídicos individuales son ámbitos de autodeterminación reservados a los ciudadanos, ámbitos sobre los cuales se les concede a éstos la facultad de excluir las intervenciones o las injerencias ajenas, incluidas las del Estado y, por supuesto, también la facultad de ‘consentir’ la intervención, en principio, sólo reservada al titular de ese ámbito”. Y prosigue: “por esto que la voluntad conforme del titular con respecto a la intervención del tercero, es decir, el consentimiento, hace desaparecer no sólo cualquier tipo de conflicto de intereses, sino la propia lesión del bien jurídico, puesto que, en definitiva, se está ejercitando el propio derecho de disposición”.

<sup>629</sup> Sí una disponibilidad absoluta y concreta del bien. Me explico, que con respecto a una disponibilidad absoluta, tanto de carácter axiológico como empírico, político-criminal y jurídico-práctico, en general y sin límites sistemáticos, ella no existe, ni podría existir, para los supuestos de bienes jurídicamente protegidos, ya que ello representaría que el sistema jurídico estaría otorgando al titular del derecho incluso la posibilidad de consentir como quisiera y donde quisiera, en cualesquiera condiciones, lo que resultaría una clara señal de libertinaje jurídica, lógicamente contraria a los postulados fundamentales de todo Estado de Derecho basado en principios como el de preservación, el de desarrollo, el de equilibrio humanista de las relaciones entre los individuos, además de la propia consecuente seguridad del ordenamiento jurídico y democrático estatal.

<sup>630</sup> Sobre el art. 197 del CPE, y todavía más específicamente con respecto a los datos personales (2.), merece la pena leer, *p.e.*, los comentarios de GÓMEZ NAVAJAS en *La protección de los datos personales... cit.*, pp 219/227. Dicha autora española trata igualmente del tema del consentimiento en el amplio ámbito de la intimidad como causa de atipicidad, escribiendo que, en su opinión, “el consentimiento eficaz del sujeto pasivo en el ámbito de los delitos contra la intimidad excluye la tipicidad”, pues la “voluntad del que consiente constituye un motivo suficiente para realizar la intromisión en la intimidad” (p 225).

que se deba aplicar para evaluar cada supuesto práctico que se presente<sup>631</sup> para análisis (*en el caso primordial de la disponibilidad, como característica de los Estados democráticos de Derecho modernos*), expandiendo Derechos fundamentales como la libertad personal para autodeterminarse, el desarrollo de la personalidad, la no discriminación, la dignidad del individuo, la igualdad material, p.e., (*en España*<sup>632</sup>, v.g., *la eutanasia, la huelga de hambre, el aborto, etc.*, los cuales, dependiendo de la directriz dogmática-constitucional y política-criminal acogida por el científico, están aseguradas jurídicamente), de **modo real**.

En cualquier caso, ha de estar permanentemente vigilante el jurista respecto a los **supuestos prácticos** en que es necesario proteger el titular del derecho contra sí mismo, es decir, del mal empleo de su propia libertad. Ello, aunque esté constitucionalmente asegurada esta libertad, siempre que **no le sirva** al desarrollo de la personalidad (*una mujer que consiente en ser sodomizada con violencia por diez hombres en un mismo acto sexual, solamente para intentar probar su coraje personal o su presunta resistencia física, exponiéndose a un claro peligro físico; un hombre que consiente en ser encerrado en su habitación a petición de un conocido, mientras éste gana una apuesta de que lo conseguiría encerrar sin que la víctima lo supiera, etc.*), ya que sólo esto constituye un daño muy claro contra la Constitución, que ampara la persona humana como su más importante pilar básico e imprescindible tanto para la existencia del **Estado** como, por supuesto, en su *status* de célula *mater* de la **sociedad**.

En lo que se refiere al **ámbito de actuación** válida y eficaz del *consentimiento* jurídico-penal acerca de los bienes individuales, todavía en este eje los debates **dividen** a los científicos dualistas y monistas, y además a menudo se producen divergencias internas en cada una de esas teorías del *consentimiento*. Entre muchas interrogantes, fundamentalmente se discute ¿cuáles son precisamente los bienes personales disponibles jurídicamente para *consentimiento*? Además, ¿cuáles deberían ser todos esos bienes individuales disponibles?

---

<sup>631</sup> Con el sentido de ese entendimiento, véase, p.e., comentario de VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, en '*Licitud e ilicitud en el ámbito de la prueba y de la imputación penal, desde la Constitución Federal de Brasil (atención especial a la inviolabilidad de las comunicaciones)*' – 311/345 – Cuadernos de Política Criminal – segunda época – III, nº 87, Madrid/España, Editorial CESED, 2005, p 318: “evidente, en nuestros días de ostensible y saludable vivencia de los Derechos fundamentales, cuando el dogmatismo, en ciertas situaciones radicales, puede tornarse un instrumento frío de opresión humana y hasta de abarcamiento social, que una buena ley generalizadora (*característica básica que debe tener toda ella*), pero mala específicamente para un caso concreto, puede tropezar en una evolución exegética y político-aplicativa en su detrimento, cuando posible, según la aseguración de otras normas, de igual o superior valía (*lo que no es analogía*)... frustrándose, así, la concretización de un cuadro de injusticias, señor muchas veces de secuelas irremediables”.

<sup>632</sup> Igualmente en Brasil y Alemania, v.g.



Aún, ¿hasta que punto debe llegar la disponibilidad jurídica de cada bien individual? Como está claro, respecto a estos puntos, y otros más, se dedica esta investigación.

CUELLO CONTRERAS<sup>633</sup> señala **directamente** que “la integridad, la libertad, la libertad sexual, el honor, etc.”, son ejemplos de bienes **jurídicamente disponibles**, una vez considerada “la esencia y la naturaleza del consentimiento”. No obstante, recuerda muy adecuadamente este maestro español que no hay *consentimiento* válido siempre que los delitos correspondientes a los bienes personales **protejan** a los titulares contra los “abusos de quienes se aprovechen de su posible mal uso de libertad”, citando a modo de ejemplo el delito de corrupción de menores (*arts. 185 a 194 del CPE en sus variaciones*).

A su vez, COBO/QUINTANAR<sup>634</sup>, recordando que el *consentimiento* deberá **siempre** producirse en el ámbito “de los delitos cuyo *bien jurídico* se considere enteramente *disponible* o renunciable por su titular”, manifiestan que también “en la medida en que se haya producido el consentimiento respecto del bien jurídico protegido”. Es decir, que solamente dentro de los límites del *consentimiento* otorgado **puede** producirse la acción del autor, a la que denominan “concreto ataque”. De conformidad a COBO/VIVES, hay **bienes** jurídicamente protegidos y patentemente **irrenunciables**, aunque tengan “*titularidad* personal o individual”, a ejemplo de la vida humana, no obstante **reconozcan** dichos científicos que esta perspectiva “no siempre” sea aprobada por todos los juristas, lo que da lugar a una “intensa” polémica, en especial acerca de “supuestos relacionados con la eutanasia”, ya que la vida humana es esencial incluso para que pueda el titular del derecho “consentir o no<sup>635</sup>”.

Bajo la perspectiva general, MAURACH/ZIPF<sup>636</sup> indican que para la **relevancia** jurídico-penal del *consentimiento*, con respecto a bienes jurídicamente protegidos y amenazados, es imprescindible la entera susceptibilidad de “*disposición privada*”. Además, dicha disposición absoluta **debe** producirse “tanto en forma genérica como en casos concretos”. Dichos maestros de las Universidades de München y Salzburg, respectivamente, complementan que esa especie de disponibilidad ocurre solamente “ante una selección muy limitada de intereses<sup>637</sup>”.

---

<sup>633</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 731 y 732.

<sup>634</sup> *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p 157.

<sup>635</sup> *Idem supra, in fine.*

<sup>636</sup> *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 290.

<sup>637</sup> En lo que se refiere a dicha “selección muy limitada de intereses”, también a mi juicio es patente que hoy día el perfeccionamiento de los postulados de la teoría monista del consentimiento jurídico-penal viene expandiendo dicha

Ante todo lo expuesto, lo más apropiado es recordar que las reglas jurídicas **conservadoras y radicales** (*o casi matemáticas*), aisladas de la armonía del sistema al que pertenecen, con algunas excepciones constitucionales básicas y estructurales, son una **amenaza** no solamente para el desarrollo de la persona, sino de la sociedad y de la propia humanidad.

#### IV- LA NECESIDAD DE MANIFESTACIÓN INEQUÍVOCA DEL CONSENTIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO Y SU RECONOCIMIENTO EXTERNO POR PARTE DEL AUTOR.

Es importante plantear, desde luego, que siendo en los supuestos de *consentimiento* con **discernimiento satisfactorio** (*los que exigen voluntad/interés y comprensión del suceso y sus desdoblamientos por el que lo otorga*) sus efectos efectivamente atípicos, de conformidad a los postulados muy lógicos de la teoría dogmática del **monismo**, con menos exigencias se puede decir que dicho *consentimiento* actúa como causa excluyente de tipicidad en los casos en que ya basta un **discernimiento mínimo** (*segundo rango*) o la simple **expresión** (*externa*) **de la voluntad natural** (*primer nivel*). Sin embargo, hay exigencias comunes a los tres grados de *consentimiento* y el **conocimiento externo** del autor debe ser una de ellas.

Acerca de la **expresión externa** del *consentimiento* y la adecuación de su conocimiento por el autor para todos los niveles de otorga, a fin de que puedan resultar sus efectos válidos y eficaces, es **fundamental** (*y deducible*) plantear que una aprobación meramente interna (*o una expresión externa desconocida del autor*) ya no puede satisfacer siquiera al primer grupo de *consentimiento* (*o acuerdo con voluntad natural para los separatistas*) y todavía menos a los demás grupos, obviamente. Por consiguiente, es verdaderamente **imprescindible** la manifestación externa del titular del derecho, en todos los grados y para todos los casos de *consentimiento*<sup>638</sup>, y el respectivo **conocimiento** por parte del autor, aunque se exija a dicha expresión exterior la condición satisfactoria, razonable (*pero indudable; obvia*) para que dicho agente (*de manera ecléctica*) pueda conocerla a nivel de

---

selección, tanto por su necesidad estructural social-demócrata como por sus aspectos de practicidad sistemática al desarrollo de la personalidad humana.

<sup>638</sup> P.e. ROXIN, recuerda que, una vez “sólo exista un puro asentimiento interno, el autor debe ser castigado por delito consumado, incluso en los casos de acuerdo”.

*homo medius* y entonces actuar con base jurídicamente legitimada y absoluta, dentro de los límites de este *consentimiento* válida y eficazmente emitido .

Además, el *consentimiento* puede el titular del derecho manifestarlo externamente de **cualquier modo** que se deduzca con claridad, sin atender a exigencias intrusas ni atrevidas del Derecho civil, es decir, que de manera amplia no hay un medio jurídicamente predeterminado para darlo a conocer, como por ejemplo únicamente la modalidad escrita, la verbal, la comportamental estrictamente mecánica. Es suficiente que de la expresión externa del que consiente sea posible **deducir** su existencia manifiesta y que de esto se entere el autor (*uno que se determina o jugar un partido de fútbol consiente en las lesiones compatibles que le pueden resultar*).

No obstante este Capítulo III se destine, con mayor atención, al *consentimiento* con discernimiento satisfactorio, en toda esta investigación se trata de este importante instituto jurídico-penal de expresión de Derechos fundamentales a nivel conclusivo de un **conjunto de atipicidad**. Por esto, es importante reiterar que primordialmente para la mayoría de los juristas que adoptan la teoría de la bipartición en la actualidad, en general el **acuerdo**, a partir de los planteamientos de GEERDS, actúa como causa de atipicidad, y le basta el asentimiento **interno**<sup>639</sup> del titular del derecho en su especie de conformidad más primitiva para que produzca efectos válidos y eficaces, empero aún así es **adecuada** su expresión externa, aunque no la conozca el autor.

Reitero que a mi parece patente que dar eficacia al asentimiento interno del titular del derecho, aunque con expresión externa comprensible pero sin reconocimiento del autor, se trata de un **equivoco**, aunque muchos juristas lo reserven solamente al primer rango del *consentimiento*. La estructura básica del *consentimiento* es **genéricamente** la misma: la expresión de la voluntad libre de la persona (*autodeterminación*), como Derecho fundamental, lo que necesita ser conocido por quien va a actuar exactamente con base en esto. Además, en un asentimiento sin la expresión externa comprensible e inequívoca del otorgante (*sólo anímico*), y como regla el respectivo conocimiento satisfactorio del autor, éste **mantiene** siempre su expresión concretamente dolosa (*o imprudente que sea*) en el tipo de injusto, como si el *consentimiento* no existiera, formal ni materialmente, siguiendo el comportamiento infractor hacia la consumación del hecho de conformidad al tipo penal que le corresponde. La expresión externa del *consentimiento* de manera aislada (*sin conocerla el autor*), no desfigura el **fuerte**

**vínculo** característicamente firmado entre el autor y el objeto, **preservando** la estructura de ilicitud de la acción de menoscabo, amenazadora o lesionadora.

A todo se debe añadir que la expresión externa y claramente comprensible del *consentimiento* asegura que ciertas **otorgas infractoras**, y exactamente por esto únicamente internas del titular del bien, no puedan **expandirse** de manera irreprochable (*uno que tiene un almacén viejo con pocas mercancías en su interior, manteniéndolo bajo protección normal, desea muchísimo que alguien lo incendie, ya que solamente así podrá recibir una indemnización de la empresa de seguros superior al valor del bien respectivo*).

Además, si la exteriorización del *consentimiento* acaece ante varias personas y casi todas, o todas ellas (*siempre a excepción del autor*), conocen ese *consentimiento* del titular del derecho, ello tampoco puede por sí sólo modificar y relegar la necesidad **imprescindible** de armonía y garantía constitucional, como mínimo intelectual, de la relación jurídica bilateral y mutuamente conocida que es primordial establecerse y mantenerse entre dicho titular del bien renunciado y dicho autor, para que se pueda considerar **inidóneo jurídico-penalmente** el objeto menoscabado, y desde entonces alejar el interés penal de ese contexto jurídico con seguridad sistemática. En fin, los testigos no son los autores, sino meros espectadores en el contexto. Para dichos autores, que han conocido la expresión del *consentimiento* del titular del bien jurídico, su actuación sobre dicho objeto sí es una acción contra un objeto penalmente inidóneo, mientras se mantengan en los límites de lo que fue consentido, aunque no lo es la actuación del autor que no conoce dicho *consentimiento*. Con asumida redundancia, es fundamental el conocimiento del autor acerca del *consentimiento* del titular del bien jurídicamente protegido que lo haya exteriorizado renunciando a la protección penal, para que pueda resultar **atípica** la acción y su resultado de amenaza o lesión, menoscabo, ataque.

Con respecto a la cuestión de la necesidad de **manifestación externa** del titular del derecho para todos los tipos de *consentimiento*, POLAINO-ORTS<sup>640</sup>, p. ej., señala de manera muy segura que “el titular del bien jurídico ha de exteriorizar su voluntad acorde a la realización de la acción típica y todo sujeto activo ha de actuar sobre la base de la existencia

---

<sup>639</sup> Véase, p.e., a MIR PUIG, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 513 “No es preciso que el autor tenga conocimiento del acuerdo – si éste es reconocido externamente”.

<sup>640</sup> ¿*Volenti non fit iniuria?* – *Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’... cit.*, p 240.

de dicha aprobación”. Además, la “voluntad aprobatoria” del titular del bien jurídicamente protegido para su menoscabo ha de ser “fehaciente, clara, inequívoca<sup>641</sup>”.

Aseverando la necesidad de que el titular del derecho se manifieste **externamente**, con la insuficiencia de “un mero asentimiento interno”, CUELLO CONTRERAS<sup>642</sup> recuerda que para esto “vale cualquier forma” de expresión, sin privilegio ni exigencia de la modalidad verbal. Lo que necesita la expresión de asentimiento del titular del bien jurídicamente protegido es que sea “concluyente”.

MIR PUIG<sup>643</sup>, bajo su postura dualista y reconociendo la **discusión** acerca de “si es preciso o no que el consentimiento se manifieste *externamente*”, cuando se refiere al *consentimiento* en sentido estricto, **recuerda** que “quién actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por tentativa inidónea<sup>644</sup>”.

A su vez, ROXIN<sup>645</sup> afirma que todo *consentimiento* con **significado jurídico** “supone” su respectiva **exteriorización** en los términos de la “teoría intermedia o mediadora”. Y que por lo tanto es suficiente la expresión del *consentimiento* “mediante una acción excluyente”.

Todo el conjunto del *consentimiento* debe ser tratado como un tema de expresiones **concretas y lógicas** de Derecho, que no necesita depender de adivinaciones en lo que se refiere al desconocido y complejo interior de la persona humana. Tampoco el *consentimiento* debe **tolerar** situaciones de inseguridad jurídica. En consecuencia, otorgar eficacia al *consentimiento* exclusivamente interno del titular del derecho, aunque una parcela considerable de la doctrina lo mantenga a nivel inicial de acuerdo, es una postura – *con todo respeto* – sin argumentos sostenibles ante toda perspectiva **jurídica y racional**<sup>646</sup>.

En fin, aunque el Derecho penal liberal signifique su aplicación **restrictiva**, de conformidad con la *ultima ratio* y el principio de intervención mínima, como antes de otro modo

---

<sup>641</sup> *Idem supra*.

<sup>642</sup> *El Derecho Penal Español... cit.*, p 732.

<sup>643</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 507.

<sup>644</sup> Acerca de ese entendimiento general de punibilidad solo en grado de tentativa inidónea, siempre que el autor desconozca el consentimiento exteriorizado de manera clara por el titular del bien jurídico, y con él que no estoy de acuerdo, dedicaré algunos comentarios en otro ítem.

<sup>645</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 532 y 533.

<sup>646</sup> Respecto a este tema, y por todos, véanse a ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 535) y a POLAINO-ORTS (*¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’...cit.*, pp 236 y ss), contrariamente al punto de vista de la teoría de la repartición, que son jurídicamente muy convincentes.

referí, ello no debe premiar a la actividad delinciente sea como fuera (*mientras el sistema permita evitarlo*), sino que debe tratarse con **justicia** en el más amplio significado del término, respetando y asegurando los Derechos fundamentales inherentes a los individuos en general y garantizando el ejercicio de otros correlacionados, además hacia el equilibrio socio-cultural y jurídico más **confiable** del propio Estado de Derecho. Ello implica en el empleo del Derecho penal con armonía y coherencia sistemáticas, utilizando y concretizando mecanismos jurídicos (*recuerdo la importancia de los político-teleológicos*) garantizadores y con significado de elección justa, desde las normas de Derecho positivo en el sistema jurídico-penal para el caso real, bajo las disposiciones constitucionales y su exégesis, en las que deben estar acogidas las determinaciones penales para su expresión efectivamente **válida**.

Empero, la cuestión sistemática de la expresión solo **interna** o **interna/externa** del *consentimiento* del titular del bien jurídico a nivel de requisito para su eficacia, está basada en **tres teorías fundamentales** (*de la declaración de la voluntad, de la dirección de la voluntad y mediadora*), cuyo concepto y ámbito dogmático de cada una de ellas no resulta un tema que se pueda apuntar como conflictivo entre los científicos.

### 1) TEORÍA DE LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD (*DEL NEGOCIO JURÍDICO O DE LA EXPLICACIÓN*<sup>647</sup>).

Esta doctrina, históricamente erigida por ZITELMANN<sup>648</sup> y “temporalmente” seguida en Alemania por juristas como FRANK<sup>649</sup>, se presenta en el marco del panorama histórico bajo las **exigencias** de estructuración jurídico-penal eficaz de la expresión de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido, prácticamente como **si fuera** dicho *consentimiento* un **auténtico negocio jurídico**<sup>650</sup>, es decir, poco distinto (*o incluso nada*) de un contrato civil ordinario.

---

<sup>647</sup> Esta terminología (teoría de la explicación) la utilizan como variante, por ejemplo, MAURACH/ZIPF, en *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 299.

<sup>648</sup> Antes, lo recuerda históricamente ROXIN en *‘Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal’ en Dogmática Penal y Política Criminal... cit.*, p 162.

<sup>649</sup> A su vez, también se refieren al tema MAURACH/ZIPF, en *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 299.

<sup>650</sup> Por ej., también MIR PUIG señala que la doctrina de la declaración de la voluntad “exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico” (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, 513).

COBO/VIVES<sup>651</sup> se refieren a la teoría de la **explicación** como “un *negocio jurídico recepticio*, en el que la declaración de voluntad del que renuncia o consiente ha de ser manifestada al agente verbalmente o por escrito”.

Es atendiendo a una “declaración de acuerdo con las reglas jurídico-negociales” como debe manifestarse la voluntad del titular del bien protegido, según la teoría **explicativa**, como lo comenta JAKOBS<sup>652</sup>.

El **extremismo dogmático** de la doctrina de la declaración de la voluntad, que es incompatible con los postulados modernos del Derecho penal liberal (*sobre todo*) – y *como si ya no bastaran sus exigencias inadecuadas al desarrollo autodeterminado de la personalidad (y especialmente de la dignidad) del individuo, de base constitucional, en el marco de dicha rama penal del Derecho público* –, la convierte en una doctrina **sin utilización** práctica y tampoco teórica que merezca ser investigada, con excepción de su importante valor histórico e ilustrativo-comparativo en la actualidad académica.

Así, los fundamentos de esa especie de dogmatismo-privado del *consentimiento*, expresados a través de la doctrina del negocio jurídico, constituyen más una **obligación (aunque revocable)** que un acto de expresión libre de la voluntad. Y una vez que la autodeterminación de la persona esté constitucionalmente asegurada, desde su génesis como Derecho humano, el Instituto del *consentimiento* penal **no puede someterse** a normas de orden jurídico-civil, como incluso plantea ROXIN<sup>653</sup>, lo que, si ocurriera, además representaría una inequívoca afrenta a la armonía y coherencia de todo el ordenamiento jurídico-penal democrático, que ha sido conquistado tras arduas peleas en el curso de la humanidad.

Otro punto en contra de la teoría de la declaración, y que merece ser mencionado, es que hay **bienes de carácter personalísimo**, como el honor, la libertad personal, que estructuralmente no pueden ser objeto de simples negocios jurídicos.

Además, el *consentimiento*, que algunas personas firman en términos claramente formales y especialmente en el ámbito **patrimonial** (*a ejemplo del papel que permite a uno asegurarse documentalmente que podrá destruir y quedarse con las piezas de un coche, porque su propietario ya no quiere que ocupe espacio en su garaje y así lo ha expresado*), sí puede cambiar y clasificarse como una especie de contrato con deducible

---

<sup>651</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 498.

<sup>652</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 297.

<sup>653</sup> *V.g.*, en *Derecho Penal – Parte General -Tomo I... cit.*, p 533.

**obligación vinculante** entre las partes (*un negocio jurídico*), sobre todo si contiene cláusula como la que impide su modificación. Ello, no obstante, siempre acaece a partir de la libre expresión de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido, que por supuesto **antecedió** a la respectiva formalización del contrato (*escrito o verbal*), lo que significa que de conformidad a un *consentimiento* auténtico, válida y eficazmente. El cambio del *consentimiento* en dichos supuestos, lógicamente no desfigura la libertad anterior de **asentimiento auténtico** del titular del derecho en su tiempo, aunque en estos casos de modificación subsiguiente de la estructura auténtica y real del *consentimiento* por la interferencia privada, desde que esto se haya concretizado ya no hay un *consentimiento* auténtico – *consentimiento jurídico-penal auténtico y negocio jurídico con matices civiles son cosas inequívocamente distintas, por tanto* –.

Hoy día, aplicar la exigencia del consentimiento del titular del derecho en los términos de la teoría declaratoria de la voluntad, con respecto al *consentimiento* jurídico-penal auténtico, significaría lo mismo que imponer un **retroceso sistemático** a los avances del Derecho penal, incluso como una forma de coacción ilegítima en contra de la **facilitación expansiva** que es imprescindible asegurar a la expresión del Derecho fundamental de autodeterminación libre y desarrollo de la persona.

## 2) TEORÍA DE LA DIRECCIÓN DE LA VOLUNTAD (O DE LA ACCIÓN JURÍDICA<sup>654</sup>).

El extremismo también manifiesto e inadecuado jurídicamente para la valoración de la eficacia del *consentimiento* penal, contenido en la teoría de la declaración de la voluntad, es compartido de manera “diametralmente opuesta<sup>655</sup>” con la **teoría de la dirección de la voluntad**, por la cual un *consentimiento* jurídico y penal meramente interno del titular del derecho ya es bastante para darle eficacia.

Esta doctrina, que tuvo en MEZGER a uno de sus mayores defensores en la modernidad jurídico-penal<sup>656</sup>, plantea que el ejercicio de la voluntad libre de la persona para

---

<sup>654</sup> Referencia equivalente citada por MAURACH/ZIPF en *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 299, también COBO/VIVES en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 498.

<sup>655</sup> P.e., ROXN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 533.

<sup>656</sup> A esto, antes también apunta ROXIN, incluso citando a NOLL, SCHMIDHÄUSER, GÖBEL, JAKOBS (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 533 y n.p. 76).



**renunciar** a la protección jurídico-penal es una actividad **meramente psíquica**, lo que implica que no hace falta ninguna manifestación de ese asentimiento interno al exterior.

MIR PUIG<sup>657</sup>, *verbigracia*, cita que la teoría de la **dirección de la voluntad** “se contentaba con la conformidad interna del afectado”.

A su modo, JAKOBS<sup>658</sup> señala que a la doctrina de la **acción jurídica** “bastará la voluntad sin objetivación”.

Aunque se pueda asegurar que a la perspectiva de la dirección de la voluntad ya la he contestado en este ítem IV, me parece conveniente **señalar** que la expresión externa del *consentimiento* pone de **manifiesto** una aprobación interna, pero una aprobación sólo interna es algo reglamentamente **desconocido** para el autor como para todo el mundo exterior. Así, la otorga sólo interna no significa cualquier expresión de voluntad que pueda implicar un **fundamento**, la **existencia** y **efectos** jurídico-penales válidos, porque no son seguros. Una aprobación exclusivamente interna no se puede comprobar en el tiempo real y válido para el comportamiento (*acción/realización*) que necesita eficacia a nivel de *consentimiento*. Un ejemplo, entre varios otros que se podrían citar, es el de una chica que, a los 15 años, es conducida por un hombre a un sitio aislado y con él mantiene su primera relación sexual, consintiendo de modo **exclusivamente interno**, mientras dicho autor desconocía por completo el asentimiento, actuando con toda su expresión **dolosa**.

Para los presupuestos de *consentimiento* únicamente interno, aunque fuera el autor excepcionalmente un vidente, un telépata, aún así la falta de **legitimación** del asentimiento, por su no disponibilidad externa y su no comprobación resultante, ya sería un **impeditivo** para su adecuación en términos de vinculación jurídica a su propia existencia y consecuencias.

Por fin, asegurar a un mero *consentimiento* interno pujanza para producir efectos jurídico-penales **eficaces**, a mi juicio y con todo respeto, significaría estar asumiendo la **inseguridad** absoluta de un Derecho concretamente **simbólico**, además, como acuña ROXIN<sup>659</sup>, de estar propiciando amplias posibilidades a alegaciones e interferencias de “inconsistentes errores de tipo del autor”, mientras añado que en ciertos casos también de

---

<sup>657</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 507.

<sup>658</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 297.

<sup>659</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 535.

prohibición.

### 3) LA ADECUACIÓN DE LA TEORÍA ECLÉCTICA<sup>660</sup> (**MEDIADORA O DE POSICIÓN INTERMEDIA**).

La perspectiva que he defendido, en lo que a la necesidad de exteriorización del *consentimiento* por parte del titular del bien jurídicamente protegido se refiere, para **todos los niveles de renuncia a la protección penal**, aunque dicha expresión no exija una fórmula rígida sino una actitud o manifestación conclusiva, inequívoca, clara, tiene como base la **teoría intermedia**. Y desde luego recuerdo que dicha teoría mediadora mantiene una manifiesta y adecuada mayor **proximidad** estructural y valorativa con la teoría de la dirección que con la de la declaración de la voluntad. Este punto de vista jurídico-ecléctico tanto significa un **progreso** armónico como un patente **equilibrio** sistemático y teleológico que a sus dos concurrentes (*por supuesto, la teoría de la declaración y la de la dirección de la voluntad*) les falta de modo científicamente muy patente.

Sin embargo, las consideraciones objetivas del párrafo anterior no **impiden** que la Ley exija un **determinado** tipo de manifestación del *consentimiento* para casos **específicos**, como su modalidad **expresa** en supuestos de autorización del titular del derecho para situaciones de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (*art. 156 del CPE*), cuando sea jurídicamente posible expresarlo, es decir, donde no se presente más adecuado ante el hecho concreto invocar un estado de necesidad o la especie presunta de *consentimiento*, **éstos** (*sobre todo el segundo*), no como causas de atipicidad sino de justificación.

COBO/VIVES<sup>661</sup>, manteniendo su perspectiva con respecto a la importancia que les merece la teoría de la dirección de la voluntad – *aunque apunten inequívocamente su elección por la doctrina ecléctica* –, escriben que en dicha teoría “el consentimiento, como causa de justificación, produce sus efectos, sin tener en cuenta el conocer o el deber de conocer del sujeto activo”.

---

<sup>660</sup> Hay un registro muy ilustrativo y que me parece oportuno aludir, aunque de ningún modo sólo por esto pudiera ser determinante para mi postura acerca de este tema. Me refiero sobre la mayoría, doctrinal y jurisprudencial, tanto en España como en Alemania, Brasil, Portugal, Italia, Francia, entre otros países, que adopta la teoría mediadora ante la cuestión de la necesidad de expresión del *consentimiento* por parte del titular del bien jurídicamente protegido.

<sup>661</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 498. Antes, con semejante entendimiento, véase p.e. a SAIZ CANTERO, en *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – II... cit.*, p 345.

Basta que el *consentimiento* exista y sea **manifiesto**, no necesitando que su eficacia esté sujeta a la “observancia de cualesquiera formalismos”, para que signifique “un acto auténtico de autodeterminación”, asevera FIGUEIREDO DIAS<sup>662</sup>. No obstante, prosigue el autor lusitano, es **necesario** un *consentimiento* “real y persistente en el momento del hecho”, ya que de otro modo no se podría asegurar la correspondencia entre la tipicidad del hecho y la expresión de la voluntad y de la autodeterminación del “atingido”, asegurando la **eficacia** del asentimiento respectivo.

Hoy por hoy, enfoca MIR PUIG<sup>663</sup>, hay una “dirección intermedia” con respecto a la expresión del *consentimiento* por parte del titular del derecho, que **exige** que dicha **expresión de la voluntad** “sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil”.

Mientras recuerda la **mayor proximidad** estructural de la **doctrina ecléctica** con la teoría de la dirección de la voluntad, y no con la del negocio jurídico, ROXIN<sup>664</sup> afirma que en la **primera** “el *consentimiento* no necesita ser expreso”, siendo suficiente “un consentimiento mediante una acción concluyente”. El maestro alemán cita el ejemplo de uno que “se implica en una pelea amistosa”, el que “consiente implícitamente en las pequeñas lesiones que pudieran derivarse de ella”.

JESCHEK/WEIGEND<sup>665</sup> aluden que actualmente la manifestación externa e “inequívocamente reconocible” del *consentimiento* es una **exigencia jurídico-penal**, no obstante “sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de la voluntad”.

Refiriendo a las condiciones de **expresión** y a los efectos **eficaces** del *consentimiento*, PAGLIARO<sup>666</sup> apunta que él “puede hacerse manifestado de cualquier modo, incluso tácito”, como también “presunto<sup>667</sup>”. En este caso, cita el ejemplo del individuo que está pasando por la calle y se da cuenta de una pérdida de agua del interior de una residencia,

---

<sup>662</sup> *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I... cit.*, pp 452 *in fine* y 453 (el original em português: “... observância de quaisquer formalismos... um acto autêntico de autodeterminação... real y persistente no momento do facto... atingido”).

<sup>663</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 513.

<sup>664</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 533.

<sup>665</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 410.

<sup>666</sup> *Principi Di Diritto Penale – Parte generale... cit.*, pp 429 y 430. El original en italiano: “... può essere manifestata in qualsiasi forma: anche in modo tacito”.

llama a la campana sin obtener respuesta y decide romper una ventana por la que se adentra en el sitio, arreglando lo que hace falta, al **suponer** que sería éste el *consentimiento* del propietario ausente.

Así, que la **teoría mediadora** rompe con el **radicalismo** de la científicamente inadecuada interferencia del Derecho privado (*teoría del negocio jurídico*) en el marco del Derecho público-penal, portándose del mismo modo respecto al exceso de subjetivismo e introspección sin prueba exterior de la dirección de la voluntad, imponiéndose como una doctrina **racionalmente garantista** sin alejarse de la **expresión libre** de la voluntad del individuo.

Otro tema en este entorno, y que me parece **oportuno** afrontar, se refiere a la **perspectiva** mayoritaria, que con todo respeto no entiendo del todo adecuada, acerca de cuando el afectado exterioriza su *consentimiento*, el autor no lo conoce y éste acaba siendo punido de modo general en grado de tentativa indónea.

Así, la doctrina dominante, en términos de *consentimiento*, sobre todo de tercer grado (*clasificación unificadora como he planteado*) o *stricto sensu* (*para los separatistas*), aunque exija su **expresión externa** inequívoca por parte del titular del bien jurídicamente protegido, entiende que en estos supuestos no se debe punir al autor a nivel de delito **consumado**, sino de crimen **tentado** (*a causa del cambio del objeto como inidóneo para la consumación ideal*), siempre que dicho sujeto no lo conozca **satisfactoriamente**.

Tengo, también aquí, mi propia perspectiva jurídica y sistemática en lo que se refiere a ese tema, sin estar de acuerdo con el **entendimiento mayoritario**, de cualquier modo y obviamente con **todo respeto**. Ello, de conformidad a los planteamientos que expongo a continuación.

Sin embargo, **inicialmente** debo citar a FIGUEIREDO DIAS<sup>667</sup>, p.e., quien, también adoptando la punición en grado de tentativa inidónea para estos supuestos de no reconocimiento de la expresión del *consentimiento* por parte del autor, según la postura de la conocida mayoría de los juristas, añade que **no falta** “quien pretenda ser necesario... que el agente sólo haya actuado a causa del consentimiento”.

---

<sup>667</sup> Sobre la modalidad de consentimiento presunto (que distingo de la forma tácita), recuerdo que a mi juicio se trata no de una causa de atipicidad, sino característicamente de justificación, ya que no atiende a todas las exigencias a las que me filio para su eficacia atípica.

<sup>668</sup> *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I... cit.*, p 453 (el original en portugués: “quem pretenda ser necessário... que o agente só tenha actuado em razão do consentimento”).

Desde luego, el estado (*factor*) interno de la víctima es algo tan estructuralmente **entrañado** (*si no lo conoce el autor, sobre todo*), que aceptarlo (*siquiera parcialmente*) como **si fuera** conocido significaría valorar la existencia jurídica de lo que **no existe concretamente** (*es decir, de lo auténticamente inexistente*). Además, es la perspectiva del principal artífice en este escenario jurídico (*el autor*), la que necesita primordialmente enterarse de la expresión externa de asentimiento del titular del bien protegido, como una especie de *conditio sine qua non* a la **eficacia** subsiguiente del comportamiento que dicho sujeto venga a adoptar, siempre dentro de los límites de lo que haya sido consentido, tornando por esta vía inidóneo el objeto del delito.

Considero que cuando ha **exteriorizado razonablemente** el asentimiento el titular del derecho respectivo pero no lo ha comprendido el autor, entonces se ha **roto el íter** del equilibrio jurídico de los requisitos para la eficacia del *consentimiento* auténtico. En estos supuestos, dar eficacia a un *consentimiento* (*además con efecto atípico*) significaría premiar la propia actividad humana esencialmente *contra legem* (*en sus variados grados de peligro y daño*) y contra la sistemática de la Ciencia penal, pues **tanto** el dolo (*y en otros casos la imprudencia*) del autor permanece **intacto** fáctica y jurídicamente **como** normalmente el tipo formal y material de la infracción correspondiente se **concretiza**, pues el objeto del delito sigue siendo **idóneo** de conformidad al tipo de injusto elegido por el sujeto activo, sobre todo a causa de la subjetividad<sup>669</sup> que exprime. La expresión externa del *consentimiento*, desconocida por parte del autor, revela la **manutención de la idoneidad** del objeto del delito, que no puede cambiarse sin la fundamentación psicológica-jurídica de la **conciencia** e incluso **aceptabilidad** del autor a su respecto.

Es académico que la **infracción**, en su **modalidad tentada**, se caracteriza con su **no consumación** a causa de la interferencia de una circunstancia distinta a la voluntad del agente. En ella, hay una voluntad expresada en contra del bien jurídicamente protegido, y que no logra su finalidad estructural-material de concretización porque un factor externo a dicha intención del agente no lo permite, resultando de esto una penalización **proporcionalmente disminuida** y técnicamente nombrada **tentativa**.

---

<sup>669</sup> En fin, como bien ha dicho CUELLO CONTRERAS en 11.02.2006, en la Sala de Estudios del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, durante la ponencia allí realizada acerca de la teoría del delito, “hacer cosas que se saben dirigidas a cometer delitos, difícilmente conseguirán los juristas alejarlas de la responsabilidad penal”.

El **delito o crimen** (*sinónimos en la teoría bipartida*) **consumado**<sup>670</sup> abarca una fórmula jurídica a la que es posible referirse con tres soportes interdependientes para el interés temático ante estas reflexiones: la **intención** delictiva y consciente del autor (*expresada más directamente con el dolo en el consentimiento*), la **consumación** formal-material del hecho típicamente reprochable por su objeto idóneo y la **ausencia de renuncia** por parte del titular del bien jurídico acerca de la protección penal que le corresponde, dentro de su respectiva esfera de dominio autónomo, es decir, que con respecto a bienes **jurídicamente disponibles**.

Tras las consideraciones anteriores, contenidas en este ítem, me refiero a **tres posibilidades** básicas desdobladas a partir del *consentimiento* interno del titular del bien jurídicamente protegido, y obviamente siempre que sea o esté disponible para sus efectos de eficacia dicho bien **renunciado**, con absoluto amparo jurídico.

**Primeramente**, cuando el titular del derecho **consiente externamente** de modo deducible y el autor lo **conoce** satisfactoriamente *ex ante facto*, ello muy seguramente rompe con la estructura constitutiva-dogmática del delito. Esto implica el **alejamiento** del tipo penal que le correspondería por completo (*atipicidad*), cambiando el significado del comportamiento humano jurídicamente infractor hacia un hecho común, con el menoscabo de un mero objeto, desde entonces no se habla más de bien jurídico protegido amenazado o lesionado. De ello, resulta que tampoco hay siquiera **residuo de consumación** en su significado penal-punitivo (*por ej., dos mujeres, compañeras de labor, pelean entre sí, mientras una de ellas ofende con injurias verbales a la otra públicamente, momento en que ésta afirma que contestará con similares ofensas a través de un periódico, exteriorizando la agresora su consentimiento perceptible y el hecho acaece*).

**Después**, cuando el titular del bien **consiente internamente** sin **expresión externa** de su voluntad y, no obstante el autor naturalmente **no lo conozca**, aunque la consumación formal-material del delito no ocurre por causa de la interferencia de una circunstancia ajena a la voluntad del sujeto activo, **sí** que se produce una **tentativa** (*p.e.: uno se determina a abusar sexualmente de una mujer, ésta lo consiente internamente, pero antes que el autor pueda llevar a cabo su intención, surge un policía y el sujeto huye*). Por supuesto, es igualmente **tentativa** cuando el titular **consiente interna y externamente**, el autor **no conoce** dicho *consentimiento*, pero una circunstancia también ajena a la voluntad del sujeto impide la respectiva consumación del hecho delictivo (*v.g., alguien va a dar una medicina a un*

---

<sup>670</sup> Concepto igualmente válido para las faltas.

*enemigo intentando hacerle daño, no obstante la víctima consiente en tomar dicha pastilla, lo que comenta con amigos, sin conocimiento de su desafecto, exactamente porque le gustaría probar el efecto de ese medicamento en su organismo, no haciéndolo el malintencionado porque un amigo del amenazado surge exactamente cuando aquél se preparaba para administrar la droga en un alimento que consumía dicha víctima).*

**Finalmente**, al **eje** de este ítem y añadiendo otras consideraciones a mi punto de vista, empiezo reiterando que cuando el titular del derecho consiente externamente de modo comprensible y aún así el autor no lo conoce, tanto la **voluntad** infractora del agente (*el elemento subjetivo e integrante del núcleo del tipo*) como la **consumación** formal-material (*el elemento concreto*) se mantienen, perfeccionan y acaecen indudablemente, desde la supervivencia jurídica del **objeto penalmente idóneo**.

Por tanto, la preponderancia jurídico-existencial del vínculo intención/objeto idóneo/consumación penal no puede ser **sencillamente** rota por la sola e insuficiente expresión externa del *consentimiento* del titular del bien protegido jurídicamente, mientras no sea conocida por el sujeto activo, normalmente su principal artífice en términos **intencionales** y **estructurales**. El autor es el que comanda uno de los dos extremos de esa fundamental interdependencia psicológica-jurídica, la que únicamente debe cambiar con efectos sobre el bien protegido, tornándolo penalmente inidóneo, bajo la interacción inequívoca de ambos polos (*titular del bien y autor del hecho*) – *crear de otro modo no me parece tan seguro jurídicamente como así* –. En estos casos, además del asentimiento del titular del derecho sobre el bien, el **conocimiento del autor** (*lo que hace resultar eficazmente la afirmación existencial del elemento subjetivo de atipicidad*) provoca que el suceso tenga **efectos** de no consumación y sobre todo de auténtica atipicidad unificadora, no habiendo que hablar de tipo tentado (*ejemplos: uno consiente externamente a un compañero para que pueda utilizar su barco para un paseo, sin que éste lo perciba con el billete que puso el propietario encima de la mesa, eligiendo el autor usar el barco consciente de que va a practicar un delito de hurto de uso; alguien se determina a destruir el coche de un vecino y tras esto quitarle unas piezas, no preguntando si tiene el consentimiento del propietario o no, por deliberar que lo hará de cualquier modo, aunque dicho vecino, sin que el autor supiera, consintió en que aquello acaeciera, exteriorizándolo de manera discreta, pero comprensible, a otras personas; un funcionario que tiene el deber de preguntar a su directora si puede utilizar el coche de la oficina para un servicio y no lo hace, usando el vehículo por su cuenta, porque elige no esperar a su*

*superiora y en su lugar encontrarse con una amiga para unas copas, no obstante la jefe lo autorizara; etc.).*

No obstante, significaría asumir una postura neoliberal **poco sostenible**, además de claramente injusta de la Ciencia penal (*y esto, p.e. yo jamás lo haría*) si no se considerara de un modo **jurídicamente adecuado pro reo** el *consentimiento* exteriorizado satisfactoriamente por el titular del bien jurídicamente protegido, a pesar de no haber sido conocido por dicho autor – *sería como negar la existencia inequívoca de un hecho con manifiestas implicaciones jurídicas, aunque limitadas por su propia condición desconocida para sujeto activo realizador* –. Así, de conformidad a las elecciones que asegura el ordenamiento jurídico-penal, democrático y social, ello hace necesario que en dichos supuestos se deba aplicar en pro del autor de la infracción (*delito o falta*), a partir de esas manifestaciones externas y reconocibles del titular del bien jurídicamente protegido, los beneplácitos reductores de pena a nivel de **causa de disminución** (*amplia – característica de la Parte general de los CPs –, específica a determinados tipos individualmente o a grupos de tipos – adecuada en la Parte especial de los CPs*) o en grado de **circunstancia atenuante modificativa de la responsabilidad penal** (*amplia, ya contenida en todos los CPs que llevan la atenuante innominada<sup>671</sup> o específica*), **dependiendo** de cómo discipline este tema el sistema jurídico-penal correspondiente. Ello tampoco impide que, **en su caso**, sea también posible considerar una coyuntura apropiada y especial para reconocer jurídicamente la mediación *pro reo* de una situación que evite la punición... y nada, en absoluto, además que esto (*ej.: uno que hace anuncios en una radio de que cojan de sus jardines las plantas que deseen, haciéndolo público todavía con anuncios y comentarios verbales por toda la localidad donde vive, mientras el autor, que habita en aquellos parajes, inexplicablemente no se entera del hecho y sustrae plantas del titular del bien seguro de que practicaba un hurto; esto, se trata de un hecho que incluso puede ser tratado jurídicamente también a través del principio de insignificancia*).

Al fin y al cabo un comportamiento efectivo (*de la víctima*), sin acogida psicológica del autor, se ha metido en la evolución criminal patrón, aunque, lo repito, sin fuerza modificativa en cuanto a la transformación de su objeto en sentido inidóneo. Con la fórmula de la **atenuación** o de la **disminución** de la respuesta penal cuantitativa y cualitativa, o incluso, para casos muy peculiares, de la exclusión de responsabilidad penal del autor, de conformidad a lo que permita el sistema para estos casos de *consentimiento* expresados claramente pero

---

<sup>671</sup> P.e., en el CPE el art. 21.6ª; en el CPB el art. 66; en el StGB Alemán el § 46.



sin conocimiento del autor, tanto es respetada la cuestión jurídico-garantista de la estructura del delito, a mi juicio consumado, como el principio de **proporcionalidad** puede desplegar sus efectos más justos (*evaluando el mayor o menor peligro o daño causado, la cantidad y calidad del injusto, el grado de consumación, etc.*), mostrándose como el medio de equilibrio más justo y racional de aplicación del Derecho.

En este contexto es oportuno, *v.g.*, invocar el caso excepcional de una persona totalmente **ciega** que pide permiso a un amigo para coger algunos libros de su biblioteca con la ayuda de otro conocido con visión normal. El propietario de la biblioteca privada **no se da cuenta** y sólo asiente con un gesto de cabeza, el que, por supuesto no es percibido por el autor, aunque éste coge los libros **suponiendo**, a causa de su pujante amistad y gentileza perenne del amigo en otras semejantes ocasiones, que el titular del bien lo estaría autorizando. Distintamente, ya en supuestos como este el tratamiento jurídico **debe ser otro** al propuesto en el párrafo anterior, pues **tampoco** hay un *consentimiento* auténtico, sin embargo me parece bastante racional admitir la mediación de un **consentimiento presunto** eficaz, a causa del contexto considerado por el autor sin el sentido de la visión, lo que lo hace actuar no bajo una causa de atipicidad sino de justificación.

MIR PUIG<sup>672</sup>, separatista y partidario de la **tentativa inidónea** en los casos de **asentimiento** externo del titular del derecho sin conocimiento del autor, ilustra dicha posición con el ejemplo de uno que “toma una cosa mueble sin saber que su dueño la ha abandonado”, quien “no realiza el delito de hurto, porque existe consentimiento, pero es punible por tentativa inidónea”. **Sin embargo**, acuña MIR PUIG que, para **los casos de** “consentimiento justificante”, la ausencia de conocimiento del autor establece la cuestión de “falta del elemento subjetivo de justificación”, motivando la aplicación de una “eximente incompleta”.

Me parecen adecuados algunos breves comentarios. Inicialmente, el ejemplo del mueble abandonado trata de una cuestión estructuralmente **patrimonial**, ya que vale recordar la **imposibilidad** de abandono jurídico-penalmente eficaz (*y en ciertos casos también de renuncia*) respecto a determinados otros bienes, como, en principio, la vida, la integridad física. Además, me permito ir más allá, bajo una perspectiva un poco más amplia, ya que un **bien abandonado** se equipara jurídicamente (*incluso desde su propia cuna conceptual civil actual, y aunque desde el marco del formidable Derecho romano*<sup>673</sup>) a una **cosa sin dueño** (*res nullium*

---

<sup>672</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit*, pp 507 y 508.

<sup>673</sup> Acerca del Derecho romano, en su tiempo y como referencia axiológica-empírica e incluso jurídica indudable hasta nuestros días, hay un dicho, que de tan obvio que es, hace innecesarias referencias bibliográficas. Me refiero a

y *res derelicta*), lo que de hecho y de derecho lo es en su significado **penal**, si lo comparamos en este escenario jurídico en el marco del *consentimiento* (*éste, no desvincula de modo absoluto al titular del derecho del objeto sobre el que consiente, incluso porque el consentimiento es revocable hasta que tenga inicio la realización de dicho comportamiento asentido*). El **abandono** deja la cosa sin titular, a espera de que le surja uno, y como tal pertenecerá a quien primero de ella se apodere, no importando en estos presupuestos la presencia subjetiva-dolosa del agente con su potencial de injusto, pues se trata de un dolo **ineficaz**, ya que no más se puede considerar la presencia del titular del bien jurídicamente protegido, que se alejó del contexto jurídico al renunciar no a la protección jurídico-penal sino a su propio bien de manera **ilimitada**, es decir, excluyendo cualquier relación suya en este contexto. De ello resulta que el dolo del agente ya no expresa potencial amenazador ni lesivo que se deba evaluar a efectos penales contra el equilibrio social. En fin, en cuanto al bien efectivamente abandonado, ya no se trata de *consentimiento* sino de **abandono mismo**, donde es **indiferente** el dolo del agente contra algo que se va a tornar (*o ya se haya tornado*) legalmente suyo, aunque sea únicamente para una rápida utilización, a ejemplo del caso de los muebles.

**Consentir** con eficacia, en cualquier de sus rangos, significa renunciar a la protección penal en lo que se refiere a un bien en principio jurídicamente tutelado, pero no con el sentido exacto de **abandono absoluto** del objeto, ya que el *consentimiento* (*en cualquier de sus niveles*) podrá ser **cancelado** por el titular del derecho en cualquier momento, hasta el comienzo de la realización del suceso asentido. De manera distinta, el **abandono** de algo significa **entregarlo a su propia suerte** y normalmente a **quienes lo quieran**.

Otro aspecto jurídico importante se refiere a la posibilidad de reducción de pena, a partir de la aplicación de una **eximente incompleta** por la ausencia del “elemento subjetivo de justificación” (*por ejemplo, de conformidad a la perspectiva dualista de MIR PUIG<sup>674</sup>*), en los casos de *consentimiento* claramente exteriorizado **sin reconocimiento** del autor. Ocurre que la eficacia del *consentimiento* auténtico, como es planteada en esta investigación, actúa sobre la **tipicidad** (*y no sobre la antijuridicidad*) del comportamiento humano, lo que tampoco impide que, una vez no se establezca dicho *consentimiento* atípico, se pueda evaluar una eximente incompleta a continuación, es decir, sólo paralelamente en beneficio del autor. Sin embargo, y a causa de las consideraciones que antes referí, en el contexto de un *consentimiento* patente

---

que los romanos, aunque fuesen grandes con su Derecho público, sin embargo, fueron titanes con su Derecho privado.

**sin conocimiento del autor**, siempre y cuando no concurra el supuesto de una eximente incompleta y paralela con absoluta certeza, parece claramente garantizador que intervenga otra causa **atenuadora de la responsabilidad penal**, aunque sea innominada<sup>675</sup>, cuando el consentimiento externo del titular sea algo extremadamente ostensible y con resultados prácticos benéficos, además de que el dolo del autor no alcance niveles de patente peligro material.

## V - AUSENCIA DE VICIOS (**ENGAÑO, COACCIÓN Y ERROR**).

En principio, el vicio, en cualquier de sus tres modalidades básicas (*engaño, coacción y error*), desde que interfiera **física** o **moralmente**, torna el *consentimiento* penal **irrelevante** y, por consiguiente, ineficaz jurídicamente, ya que la voluntad de la víctima es manipulada e impedida de expresarse con la **libertad** que le asegura su propio fundamento constitucional-penal.

En ese sentido, desde luego recuerdo a BERDUGO<sup>676</sup> y otros que señalan que “el consentimiento debe reunir una serie de condiciones para que tenga relevancia”, y por tanto es imprescindible que la **voluntad** del titular del bien sea expresada con libertad, es decir, “sin coacciones de ninguna clase”.

No obstante, en ambas posibilidades de vicios (*engaño, coacción, error*) la **irrelevancia** del *consentimiento* sólo debe acaecer cuando esa interferencia viciosa actúe cualitativa y/o cuantitativamente en el núcleo de la voluntad de la persona que consiente, siendo capaz de realmente **imposibilitar** su libre y satisfactoria expresión de autodeterminación hacia el desarrollo de su personalidad, lo que impone cierta relatividad a la problemática de la doctrina de los vicios del *consentimiento*, apriorísticamente necesitando un análisis de cada grupo de casos y a veces incluso de casos aisladamente. En suma, cualquier **vicio relevante** contra el *consentimiento* mantiene la voluntad de la víctima protegida dentro del contexto ilícito-penal y el objeto sobre el que asintió el titular del derecho característicamente idóneo para fines de imputación penal, una vez que no significa una edificación propia (*auténticamente autodeterminada*) del titular del bien disponible.

Es oportuno plantear que, por supuesto, las reglas que representan normas de **Derecho civil** no pueden ser aplicadas jurídicamente a los vicios de la voluntad, una vez

---

<sup>674</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 508.

<sup>675</sup> Ejemplos, por todos, son los arts. 21.6ª del CPE y 66 del CPB.

considerados bajo el prisma del Derecho penal. ROXIN<sup>677</sup> recuerda (*y lo hace muy decididamente como reflejo de la unanimidad jurídico-penal*) que característicamente las expresiones jurídico-civiles que padecen “de vicios de la voluntad son, por de pronto, válidas y sólo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante”. En el marco de la **Ciencia penal** ya no es así, pues **adversamente**, en el momento de la mediación del vicio, es necesario saber “si el hecho es punible” o no, a partir de la eficacia o de la ineficacia del *consentimiento* para que se le puedan reconocer estructura y adecuación jurídicas.

La irrelevancia del *consentimiento* penal con vicio **insoportable** constituye la afirmación de un proceso de **lógica** deducción sistemática, ya que en estos casos el eje de la autodeterminación del titular del bien jurídicamente protegido resulta infectado con la coacción empleada, con su error o su engaño, a partir de la alevosía, o de una acción directa o indirecta del autor, que desfiguran la esencia de **autenticidad** de ese instituto jurídico como causa de **atipicidad**.

El ejercicio de la autodeterminación en el ámbito del *consentimiento* no prescinde de la **libertad**, como mínimo satisfactoria aunque indudable, intrínseca y extrínseca de la persona que va a entregar para el menoscabo un bien jurídicamente disponible, dentro de su esfera de dominio. Sólo entonces es posible expresar todo el garantizo jurídico **constitucional** y **penal** que patentemente debe contener dicho *consentimiento* auténtico como medio legítimo para el desarrollo de la personalidad del individuo, valorando positivamente su dignidad humana. Es decir, que la voluntad expresada con vicio significativo en contra de su libertad es en regla una ausencia de voluntad auténtica, lo que significa una **no voluntad** real y tampoco ideal; una manifestación ilegítima y sin amparo jurídico-legal. Por tanto, el *consentimiento* viciado constituye un acto en contra al Derecho (*o de anti-Derecho*), pues significa la negación de la libertad inherente y por consiguiente asegurada constitucionalmente a todo ser humano, desde su base como Derecho fundamental, que es la libertad **sana** para el ejercicio del *consentimiento* verdadero.

En el sentido de ese amplio entendimiento sobre los **efectos** de los vicios del *consentimiento*, COBO/QUINTANAR<sup>678</sup>, aseverando la necesidad de **valoración** de la libertad para la validez del consentimiento, señalan que para dicha validez es necesario que “no se

---

<sup>676</sup> *Lecciones de Derecho Penal – Parte General...* cit., p 239.

<sup>677</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., p 544.

<sup>678</sup> *Instituciones de Derecho penal español...* cit., p 160.

halle viciado por ningún tipo de fuerza física ni moral o sea fruto del engaño, la coacción, el error”.

Son **tres** los “presupuestos en los cuales, habiendo una manifestación de la voluntad, sin embargo no cabe afirmar que se haya consentido; tal ocurre en los casos de engaño, error y amenaza o coacción”, enfatiza CUELLO CONTRERAS<sup>679</sup>, pues se debe **considerar** “que en ellos no puede decirse que los hechos resultantes puedan retrotraerse a la voluntad de quien consiente (consentimiento viciado)”, lo que es patente desde mi punto de vista.

NEWDICK<sup>680</sup>, tratando **dialécticamente** de las diferencias entre *consentimiento* y poder, se pregunta: “¿cuánta libertad debe tener el acto de consentimiento para calificarlo como una instancia de consentimiento?”

En general, los comentaristas **coinciden** en que un *consentimiento* que haya sido expresado **sin libertad** pierde su validez y eficacia. Pero la interrogante persiste en ¿cuál es ese **nivel** de libertad necesario para la segura expresión de la voluntad del titular del bien, para que se pueda reconocer con validez y eficacia el *consentimiento*?

Seguramente que no hay una **fórmula general** adecuada para solucionar todos los supuestos (*en los que medie algún vicio contra la libertad del titular del derecho*) con la garantía jurídica del Derecho siempre justo respecto al *consentimiento* jurídico-penal, sino que las características y particularidades propias de las situaciones jurídicas heterogéneas hacen **variar** el nivel de vicio soportable<sup>681</sup>, lo que, tras analizarlo, permite la expresión justa del Derecho, afirmando o no la relevancia del consentimiento.

---

<sup>679</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 735.

<sup>680</sup> *Poder y Consentimiento... cit.* p 4 de 9, *in fine*.

<sup>681</sup> Sin embargo, es imprescindible considerar que en ningún momento, cuando se habla de vicio soportable en el marco del *consentimiento* jurídico-penal, se debe proporcionar ventaja a la actividad del autor de algún modo en contra el titular del bien, salvo cuando también esté jurídicamente asegurada (*como, p.e., uno que consiente en ser hurtado temiendo que el sujeto se determine a revelar públicamente que aquél se pinta el cabello de negro porque lo llevaría con naturalidad casi todo blanco, es algo irrisorio*). Posicionarse de otro modo representaría no solamente un estímulo a la conciencia de impunidad del infractor sino que afrentaría directamente al equilibrio garantista que debe expresar el ordenamiento jurídico-penal, una vez que se estaría imponiendo un sacrificio injusto e insoportable (o poco soportable) contra la condición sumisa de la víctima, con evidentes despliegues sociales negativos.

Así, es importante prestar **atención** al contexto en el que está involucrado el caso y cada uno de sus protagonistas. Por ejemplo, acaeció en **Granada**<sup>682</sup> (1995) un suceso en el que un hombre, creyendo que tenía problemas de **posesión** de un espíritu maligno, consintió en someterse a una especie de ritual de exorcismo del que resultó su muerte tras sufrir varias lesiones corporales. Desde luego, dicha víctima no se encontraba en su estado psíquico normal, incluso presentaba un comportamiento mentalmente oscilante, además manifestaba que conversaba con alguien imaginario, hecho que era del conocimiento de los involucrados. Tampoco hay ninguna referencia de que fuera informado el afectado con respecto a las circunstancias y consecuencias de su consentimiento. De ello, por sí sólo, hay un indudable escenario **viciado**, resultando la **irrelevancia** patente del *consentimiento* respectivo, que acabó quitando la vida<sup>683</sup> del titular del derecho. Y si jurídicamente no fue posible comprobar ni aceptar la intención concreta de los autores hacia el resultado de muerte de la víctima, como mínimo hay un caso de lesiones corporales seguida de muerte o bien de homicidio eventual.

Sin embargo, desde luego es importante plantear, en lo que a los delitos **contra la voluntad de la víctima** se refiere (*característicamente los de primer grado del consentimiento conjunto y otros de segundo grado: allanamiento de morada, hurto, relación, etc.*), que si hay *dolo malus (intención contra legem)* del autor para manipular a la víctima a través de coacción, engaño o mediante error, para que consienta según sus intenciones infractoras, entonces **seguramente** los planteamientos en cuanto a la relevancia o irrelevancia del *consentimiento* son genéricamente los mismos que he señalado para los supuestos de tercer nivel, aunque se deban considerar a partir de la sola exigencia de la expresión de la voluntad natural de la persona o, en su caso, de su discernimiento mínimo, como también de conformidad a las **excepciones** que el legislador hace en algunos supuestos abstractos, tanto ampliando como restringiendo el alcance del tipo penal (*p.e.: el allanamiento de morada con “violencia o intimidación” es desviado de su tipo básico del art. 202.1 para su forma cualificada en el apartado 2; también, el caso del delito contra la libertad sexual de la persona que, sin que ocurra con “violencia o intimidación”<sup>684</sup>, pero admitiendo el engaño<sup>685</sup>, no recibe el reproche del*

---

<sup>682</sup> Sentencia nº 195 – Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Granada – J. Instrucción nº 6 – Sumario 1/97, Rollo Sala Número 11/97 (Jueces: D. DOMINGO BRAVO GUTIÉRREZ, D. CARLOS RODRÍGUEZ VALVERDE y D. PEDRO ISIDORO SEGURA TORRES).

<sup>683</sup> La vida es el bien jurídico sobre el que más criterios y exigencias es necesario evaluar en el ámbito del consentimiento.

<sup>684</sup> O que “ésta no alcanza cierto grado”, recuerda CUELLO CONTRERAS, en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 737.

art. 178 del CPE – agresión sexual –, sino del art. 181 – abuso sexual –, que contiene una sanción penal más blanda; etc.).

En la problemática genérica de los vicios, aunque su ausencia signifique muy correctamente uno de los requisitos **indispensables** para la relevancia del *consentimiento* penal, representa este tema la necesidad de un enfrentamiento al mismo tiempo amplio y de notable casuismo<sup>686</sup> jurídico.

## 1. ENGAÑO.

**Engañar**, significa provocar la equivocación del titular del derecho **acerca de la necesidad** de renunciar a la protección jurídico-penal y autorizar el menoscabo (*amenaza, lesión o destrucción*) del bien disponible y dentro de su esfera de dominio autónomo, o **del motivo** para consentir en dicha amenaza, lesión o incluso destrucción, siempre que sea insoportable (*o poco soportable*), no pudiendo otorgar efectos eficaces al consentimiento respectivo. En suma, la **autonomía** de la **voluntad**, que implica genéricamente en **libertad**, del que consiente ha de tener asegurado un patrón de **independencia** y **autodeterminación** dentro del contexto jurídico del *consentimiento* sin permitir que su núcleo sufra ninguna interferencia del engaño que venga a, siquiera, poner duda a esa auténtica expresión de la voluntad humana, que no es inoportuno recordar que significa una clara manifestación de Derecho fundamental.

Un ejemplo de la **primera especie** de engaño (*sobre la necesidad del menoscabo*) jurídicamente insoportable, acaece cuando un experto en mecánica de coches informa al propietario de un BMW de que necesita cambiar una pieza muy cara del vehículo, suponiendo con esto que va a solucionar el problema mecánico, aunque sin haber examinado

---

<sup>685</sup> Me pregunto, si además de la “violencia o intimidación” en su significado más estricto, no constituyen igualmente el engaño y el error, manipulados contra la víctima por el autor de manera jurídicamente insoportable (o poco soportable), igualmente y a su modo amplio una forma muy clara de violencia psíquico-moral contra la libertad y consecuentemente la expresión auténtica de la voluntad del titular del bien jurídicamente disponible, en el ámbito de estos tipos penales que el legislador decidió exceptuar. No dudo que sí. El ser engañado o manipulado a error viola tanto la característica básica de idoneidad del comportamiento socio-jurídico y político de los géneros como la autenticidad inherente a la voluntad (*psicológica y personalísima*), que sólo puede expresarse con libertad verdadera. El propio atributo de la dignidad del individuo, cuando a merced de un vicio cualquiera en el marco del consentimiento, resulta lesionado de manera muy concreta.

<sup>686</sup> En este sentido, más directamente al ámbito de las coacciones, véase antes a CUELLO CONTRERAS en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 739.

dicho coche. El titular del bien **cree** que su vehículo ha sido examinado por el autor y que ha recibido una opinión con criterios verdaderos.

Del **segundo grupo** de engaño (*respecto a la motivación*) ineficaz es ejemplo cuando uno afirma **mentirosamente** al titular del derecho que su madre estará muy feliz de saber que su hijo participará en una competición de boxeo, asintiendo éste con la pelea física a causa de la motivación viciada.

Cuestiones controvertidas en lo que al engaño se refiere, entre otros importantes juristas destacadamente las plantean ROXIN, ARZT, JAKOBS, de conformidad a lo que cita CUELLO CONTRERAS<sup>687</sup>. El engaño<sup>688</sup> sobre el **bien jurídico** es separado del engaño acerca de su **motivación** en el ámbito del *consentimiento* jurídico-penal, atribuyendo relevancia al vicio en cuanto a aquello (*consentimiento ineficaz*), y no haciéndolo con respecto a éste (*consentimiento eficaz*)<sup>689</sup>. A su vez, ROXIN<sup>690</sup> considera la relevancia del engaño (*irrelevancia del consentimiento*) “en el motivo cuando éste fue altruista<sup>691</sup>”, ya que representa “una hipoteca de la libertad”, aunque toma posición distinta cuando el motivo es **crematístico**, es decir, afirma la irrelevancia al engaño (*relevancia del consentimiento*) para el tipo penal básico, pero no para los otros<sup>692</sup> (*en este supuesto, v.g. en la transfusión de sangre, cuando quién la consintió “lo hizo engañado acerca de que sería retribuido económicamente*<sup>693</sup>”).

---

<sup>687</sup> *Idem supra*, pp 736 a 738.

<sup>688</sup> Recuerda CUELLO CONTRERAS que “otro tanto cabe decir de la coacción”. *Ibidem*, p 736.

<sup>689</sup> Con la misma referencia a ARZT, véase a ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 545 y n.p. 103, quien además señala que lo sigue JESCHECK con esta teoría restrictiva.

<sup>690</sup> Enfoque de CUELLO CONTRERAS en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 736, que refiere al Manual de ROXIN: “(PG, I, 544 ss.)”.

<sup>691</sup> Merece citar el ejemplo original de perspectiva altruista de ROXIN en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 547: “Alguien hace creer a una madre que su hijo ha tenido un accidente y que para preservar la vista se necesitaría un trasplante de córnea. La madre se deja convencer por esto para sacrificar un ojo suyo en beneficio del niño. En realidad el autor quiere utilizar el trasplante para otro fin, o incluso, para dañar a la madre, simplemente para tirarlo”. Específicamente en cuanto a este supuesto, voy más allá, pues incluso si el autor engañara conscientemente la madre en beneficio de otro hijo, aún así me parecería relevante el vicio, ya que su estructura dañosa sería fundamentalmente la misma y el sólo parentesco no lo tornaría irrelevante ante el contexto jurídico-penal de protección al bien.

<sup>692</sup> En este punto, ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, 545 y n.p. 104) se decanta por la estafa, señalando que así también lo piensa JESCHECK.

<sup>693</sup> Como indica CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 736), en este caso para ROXIN “hay estafa pero no lesiones”. El ejemplo original de ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 545), aunque reconociendo que de conformidad a “la doctrina tradicional habría que afirmar una lesión...”: “A manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesto a donar sangre por unos honorarios de 50 marcos. Sin embargo, el representante de la organización le ha engañado sobre su capacidad de pago, de modo que A se va con las manos vacías”.



Mientras tanto, ROXIN<sup>694</sup> vuelve al tema con la **irrelevancia** del *consentimiento* respecto a sus motivos, aunque en el ámbito de los delitos no patrimoniales, a ejemplo de uno que “consiente en que le propinen una bofetada a cambio de dinero, pero el autor le ha engañado” “sobre su voluntad de pagar”. En estos supuestos, **también** “deberá rechazarse una estafa”, pues en cualquier caso no se puede comercializar con “bienes altamente personales”, tanto de manera no deseada por el legislador como indeseable en su significado político-criminal.

CUELLO CONTRERAS<sup>695</sup> pone en **evidencia** la importante cuestión de la soportabilidad o no del vicio de conformidad al grado de engaño sobre la libertad del que asiente en el marco del *consentimiento*, cuando expresa que, en el supuesto crematístico de la donación de sangre con engaño de la víctima, “puede bastar con la protección que otorga el delito de estafa, no siendo necesaria la protección a título de lesiones (en la que sí se estaría consintiendo de forma relevante)”. Añade el maestro de la Universidad de Extremadura que en esta situación se trata de *consentimiento relevante* porque la víctima está utilizando sólo “el mínimo” de toda “la libertad que garantiza el bien jurídico en cuestión (la integridad)”, que provoca un cambio por otro bien, “irrelevante en comparación”, que es el dinero, resultando que la libertad ya no necesita de protección “más allá de lo que establece la estafa”.

En lo que se refiere a la polémica entre ARZT, ROXIN y JAKOBS, con la postura de CUELLO CONTRERAS, ante la **necesidad** y la **motivación** engañosas para que la expresión del *consentimiento* por parte de la víctima para el menoscabo del bien disponible en su esfera de dominio sea relevante o no, tengo mi modesta perspectiva sobre la **relevancia** del *consentimiento* en ambas situaciones.

Inicialmente indago si la **necesidad** engañosa de consentir en el menoscabo de un determinado bien jurídico ya no es un **motivo** engañoso, en su sentido más amplio. A mi juicio, sí lo es. Sin embargo, cuando se separa ambos términos para un mejor análisis jurídico, mi perspectiva es también<sup>696</sup> la de que genéricamente no hay como apartar del bien jurídico (*ni de su titular*) el análisis de la **necesidad** (*elemento objetivo-subjetivo*) de consentir o no en su menoscabo y tampoco, con equiparada relevancia, de la **motivación** (*elemento subjetivo-objetivo*) para el mismo fin (*amenaza, lesión o destrucción*). En cualquier caso, dar eficacia a un *consentimiento*, cuando se identifica la existencia de algún elemento indispensable de su

---

<sup>694</sup> *Idem supra*, pp 545 y 546.

<sup>695</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 736.

<sup>696</sup> Véase antes, con un sentido un poco menos amplio, a CUELLO CONTRERAS. *Idem supra*.

propia estructura viciado por un engaño insoportable, sería lo mismo que contradecir el aseguramiento de la protección de la autonomía de la voluntad imprescindible para la manifestación legítima de la persona hacia el auténtico desarrollo de su personalidad. Esa voluntad auténtica del individuo, que expresa la claridad inequívoca de su interior humano con base en el principio de autodeterminación, debe tener asegurada su manifestación inequívocamente libre como garantía jurídica fundamental, lo que debe alejar de este escenario cualquier tipo o especie de vicio engañoso, sea en la **necesidad** del menoscabo del bien jurídico sea en su **motivación**.

Con respecto al **motivo** crematístico del ejemplo de la transfusión de sangre significar un *consentimiento* relevante para la lesión corporal, desviando el tipo de manera suficientemente adecuada para una estafa, pues el ejercicio de la autonomía de la voluntad y consecuentemente de la libertad (*en la integridad*) ha sido empleado en su potencial mínimo, aunque dicha perspectiva político-criminal me parezca indudablemente **seductora**, me permito discordar, con todo respeto.

En ese supuesto de la **extracción de sangre** con fin crematístico **engañoso**, es sostenible que hay un vicio contra la expresión libre de la autonomía de la voluntad de la víctima, desde la **ostensible** violación del principio de confianza del titular del derecho, que esperaba como contraprestación por su actitud una determinada suma de dinero, e incluso porque también no hay una prohibición legal para este tipo de cambio (*la propia sangre por dinero, sin siquiera parecer necesario, en un primer momento, indagar acerca de la finalidad de uso del valor que esperaba recibir dicha víctima*). Y para determinar el potencial de este vicio y su relevancia penal específica, es posible proceder **basándose** fundamentalmente en el ejercicio mínimo satisfactorio de la libertad (*autonomía de la voluntad*) del titular del derecho que le deben **asegurar** dichas circunstancias y que le fue negado, pues si supiera el afectado que no le iban a pagar seguramente no habría consentido en ser lesionado físicamente. Así, respecto a este ejercicio de la libertad insuficiente para la protección del bien jurídico (*la integridad corporal*) por su titular, también el entendimiento de que el contexto no permitió la auténtica expresión de la voluntad de la víctima, impidiendo el cambio legítimo de valores (*la integridad física por el dinero*), no me parece insostenible. Y así, tampoco lo veo imposible tipificar como lesión corporal, ya que el núcleo del tipo respectivo me parece mantenido.

En el momento en que uno autoriza una transfusión de sangre a cambio de dinero, **convencido** de que así lo hace sin engaño pero **queda engañado**, parece claro que el núcleo de protección de la voluntad del titular del derecho y de la integridad del bien está

viciado de forma **insoportable**, porque tanto se ha negado la protección jurídica-objetiva al bien satisfactoriamente como al derecho de elegir libremente de la víctima, no siendo absolutamente seguro, bajo este punto de vista, hablar de ejercicio mínimo de la libertad y además suficiente para justificar la relevancia del *consentimiento*, sino de la libertad como requisito estructural e imprescindible **viciado** a nivel de imponer un patente daño a la cualidad existencial de la integridad física, no bastando para irrelevancia del vicio su aspecto meramente cuantitativo – *y la protección a la libertad y al bien solamente ha de ser irrelevante ante un engaño, cuando manifiestamente pueda (y deba) ser considerada insignificante*<sup>697</sup> *según criterios socio-jurídicos y políticos indudables, objetiva y subjetivamente para el consentimiento* –.

O hay una **convinciente** libertad del titular del bien para expresar la autonomía de su voluntad o no se habla de validez y eficacia del consentimiento. Dicho titular del derecho necesita estar **absolutamente** al mando de su libertad de consentir, en cualquiera de los grados de *consentimiento*, para que le sea posible expresar con verdadera legitimidad su propia voluntad. En el caso del cambio engañoso de la sangre por dinero, la base de toda la decisión está viciada. Sí, porque la víctima **desconocía** que la estaban engañando y entonces la integridad del bien jurídicamente protegido se mantiene originalmente amparada, resultando en la tipicidad, antijuridicidad, etc. de la lesión – *el consentimiento es irrelevante* –.

Un vicio soportable ha de constituir algo efectivamente pequeño, trivial, al punto de tampoco permitir dudas subjetivas con base objetiva, ya que ambos componentes deben ser considerados en un proceso de interacción con respecto al *homo medius*. Me parece un **ejemplo** oportuno de **engaño soportable**, en cuanto a la **necesidad** del bien: el caso de un paciente **nervioso** que necesita le sea quitado un diente y solamente así pueda quedarse libre de un dolor crónico en su cabeza, quien es informado por el odontólogo de que la operación tardará unos quince minutos, cuando en verdad tardará unos veinte o veinte cinco. Otro supuesto, sobre la **motivación**: uno que tiene muchos piojos que ya le causan daño, tiene la idea de aparar el pelo para quitar dichos insectos el prójimo miércoles, aunque aparece un

---

<sup>697</sup> En este contexto planteado, es oportuno recordar que no se confunda “protección insignificante” con “principio de insignificancia”. Aquélla está para análisis en el consentimiento jurídico-penal, que actúa en el ámbito de la tipicidad, incluso con sistemática cronológica anterior, siempre que expresa eficacia. Mientras éste significa una doctrina propia, de análisis posterior a la no existencia o eficacia del consentimiento, con despliegue en el marco de la antijuridicidad material. Es decir, que una vez se identifique el consentimiento válida y eficazmente, ya no hay que hablar de principio de insignificancia. Esta observación, hecha con base en la perspectiva monista liberal que adopto, no impide distinción semejante aunque sea bajo el prisma incluso de la teoría dualista.

amigo y le informa que su padre le ha enviado para pedirle que lo haga en aquel mismo lunes, cuando se trata de un engaño.

Otra vez con respecto a ROXIN<sup>698</sup>, quien trata con su peculiar destreza y evidente profundidad la cuestión del **engaño** (*como lo hace, v.g., CUELLO CONTRERAS en España*), el Catedrático de Munich se refiere al ejemplo de dos estudiantes de ciencia de Hipócrates, que “trabajaban como ayudantes (*famuli*) en un hospital rural y practicaban intervenciones de poca envergadura a pacientes, quienes los tomaban por verdaderos médicos”. Para este grupo de casos, ROXIN toma la posición de **eficacia** del *consentimiento* con la perspectiva de que se trata de un caso médico sencillo, mereciendo una excepción legal, ya que “otro experto en la materia, un practicante o una enfermera, pueden prestar la ayuda necesaria tan seguramente y con tanta seguridad como un médico”. Añade que la integridad física de los pacientes estaba bajo los mismos riesgos que si estuviera bajo cuidados de un médico, lo que convierte al engaño en insignificante para darle relevancia jurídico-penal. No obstante, tratándose de “una operación de apendicitis”, p.e., el engaño del paciente sí que “excluiría la eficacia del consentimiento”.

Con todo respeto, tampoco puedo estar de acuerdo con el planteamiento sobre la relevancia del *consentimiento* en el caso de los estudiantes de medicina **engañadores**. Sí, que a mi modesto juicio estoy convencido de la **relevancia** del **engaño** y de que, por consiguiente, el **delito de lesiones** en contra de la integridad corporal de las víctimas resulta presente, de conformidad a las cuatro breves ponderaciones básicas que hago a continuación.

**Primera:** si un estudiante de medicina estuviera en **efectivas** condiciones de seguridad técnica para realizar dicho tipo de intervenciones quirúrgicas, entonces su *status* de formación profesional ya le autorizaría formalmente para esta práctica, sin la necesidad de **engañar** a personas, haciéndolas víctimas, lo que de modo concreto y genérico expuso los bienes legalmente protegidos a un riesgo jurídicamente considerable, engañando a la libertad interior de cada uno de esos lesionados, que estaban tranquilos de ser tratados por profesionales legitimados a desplegar su labor. Evaluar el grado de capacitación profesional de estos autores materialmente significaría tener que poner a prueba a cada uno de dichos engañadores aisladamente (*excepto los casos de estado de necesidad, donde la poca, o quizás ninguna pericia, dependiendo del contexto, no impediría de por sí la presencia de una justificante*), lo que no constituiría un procedimiento precisamente práctico y tampoco

---

<sup>698</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 546.

jurídicamente garantizador. La capacitación profesional no se evalúa tras cometerse el hecho, sino que debe estar **asegurada** con anterioridad a su ejercicio, como mínimo en principio. ¿Y qué nivel de capacitación, en fin, tendrían estos estudiantes? ¿Cómo entonces se podría afirmar que no estarían preparados para practicar una operación de apendicitis u otras especies de cirugías invasoras por sí solos, si hacían otras intervenciones teóricamente de menor riesgo y peligro? Todo esto me parece expresar una significación relevante de peligro y consecuente lesión contra el bien jurídico protegido.

**Segunda:** Hay que garantizar un nivel por lo menos **satisfactorio** de credibilidad a la actividad médica, no siendo posible hacer comparaciones meramente hipotéticas en este escenario entre lo que es capaz de operar un estudiante de medicina (*cuya capacidad concreta ni siquiera se conoce*) y lo que puede hacer un enfermero, por ej., ya que cada profesión tiene sus propios grados y solamente permite el ejercicio de determinadas actividades laborales cuando el estudiante ha alcanzado los rangos de conocimiento y práctica que lo puedan **autorizar** a esto. Así, que la cuestión del “caso médico sencillo” no me parece servir con absoluta exactitud para este contexto.

**Tercera:** Tanto como logaran éxito los estudiantes en sus prácticas **engañosas**, contrariamente podrían haber hecho daño (*incluso matando*) a alguien, lo que también podría haber pasado con un médico diplomado, aunque con patente menor posibilidad de que ocurriera. Y entonces se discutiría la presencia **relevante** del vicio y la ausencia de formación técnica adecuada de los autores del engaño con evidente y proporcional rigor legal. De esto también resulta el inequívoco y concreto peligro al bien jurídico tutelado, pues si un estudiante no está autorizado a intervenir en determinados niveles de su futura (*sí, futura*) profesión, es que aún no está en condiciones, como mínimo seguras, para tanto.

**Cuarta:** El núcleo de la voluntad de las víctimas en el caso de los estudiantes quedó insoportablemente **viciado** en todo caso, pues una persona en condiciones de normalidad no va a entregar su integridad física a cualquiera, si no está segura de su **capacitación profesional**, la que en este supuesto de los estudiantes engañadores se haría creer básicamente con su graduación. Conociendo que se trataban de estudiantes, seguramente las víctimas habrían buscado otro sitio para tratarse. Empero, independiente de todo, y todavía por una cuestión de valoración de la protección contra la victimización, de solidaridad humana, de adecuada política jurídica-social, etc., no se debe hablar de decisión autónoma y libre cuando dicha víctima **no conoce** la verdad sobre lo que está decidiendo.

CUELLO CONTRERAS<sup>699</sup> **advier**te que hay crímenes “en los que ya el tipo contempla una referencia específica a la forma de doblegar la voluntad de la víctima”, apuntando a **elecciones** legislativas como allanamiento de morada, robo con violencia<sup>700</sup>, agresión sexual, etc. En ellos, la tipicidad puede ser alejada incluso “por un consentimiento obtenido mediante engaño<sup>701</sup>”, aunque en estos casos “nada tiene que ver con el problema que nos ocupa”, y **tampoco** hace obligatoria la modificación del “criterio del ejercicio de la libertad”, pues “no son sino consecuencias del alcance que el Legislador ha querido dar a los tipos<sup>702</sup>” (*a lo que me adhiero reiteradamente por elementales razones de lógica*). Y añado que cuando en estos supuestos haya un **conflicto** aplicativo entre la imposición normativa infraconstitucional y el patente alcance de normas de rango constitucional, hay que matizarlos dentro del sistema y **constitucionalizar** los dispositivos inferiores ante la **supremacía** de la Lex Mayor, incluso para el equilibrio de la armonía y coherencia del Estado de Derecho (*un ejemplo que me surge de momento, y más allá, en el ámbito de esta cuestión de conflictos normativos, lo inspira cita de GUILHERME MARQUES<sup>703</sup>, con respecto al juez francés PAUL MAGNAUD, el que, no obstante haya vivido entre los siglos XIX – 1849 – y XX – 1926 –, en aquel entonces ya no penó una mujer a quien acusaban del crimen de adulterio y engaño a su marido, basado en que dicho comportamiento no implicaba en perjuicios públicos insoportables, sino en daños a la convivencia entre los cónyuges, y de ello incluso fomentó planteamientos en cuanto a la descriminalización del adulterio<sup>704</sup>, lo que por supuesto es algo muy adecuado, aunque todavía*

---

<sup>699</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 737.

<sup>700</sup> En Brasil, p.e., la figura típica del robo ya contiene la violencia en su estructura básica: sustraer cosa móvil de tercero con *vis física* o *vis moralis* (art. 157 del CPB).

<sup>701</sup> P.e., en el CP de España el caso del art. 178 (agresión sexual), que, cuando practicado sin que medie “violencia o intimidación”, remite el reproche legal, aunque haya ocurrido un engaño o incluso un error de la víctima provocado por el autor, al art. 181.1 (abuso sexual), de menor gravedad penatoria. En el CP de Brasil, el caso del art. 213 (estupro), que cuando es practicado sin “violencia o grave amenaza”, pero admitiendo error o engaño, desvía el tipo para el contexto considerablemente más blando del art. 215 (pose sexual mediante fraude). En el contexto tanto del artículo 18.1 del CPE como del 215 del CPB, entre muchas otras heterogéneas posibilidades fácticas se acoge muy adecuadamente el caso del individuo que logra mantener relaciones sexuales con su novia, engañándola con promesas mentirosas de matrimonio – y en nombre de la igualdad de géneros, se diga lo mismo en sentido contrario, es decir, de una mujer que igualmente engaña a su enamorado para los mismos fines –.

<sup>702</sup> CUELLO CONTRERAS va más allá, señalando que “en ellos, aunque el consentimiento se haya conseguido mediante engaño determina que decaiga el tipo, no es consecuencia de que estemos ante un consentimiento relevante, en el sentido exigido por esta causa de exclusión de tipicidad, sino de la voluntad del legislador, que ha recortado en ellos la protección del bien jurídico a determinadas formas de ataque, incompatibles con un consentimiento aunque sea (y siga siendo) viciado” (véase en *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 737).

<sup>703</sup> GUILHERME MARQUES, Luiz, en *Jueces la bouche de la loi y jueces a la Paul Magnaud*, disponible en internet a través de <http://www.amb.com.br>, en el portal artículos.

<sup>704</sup> Científico progresista y humanista, el juez MAGNAUD igualmente impulsó el desarrollo de otros importantes institutos jurídicos, como el estado de necesidad y la igualdad de géneros.

hoy se mantenga lamentablemente criminalizada dicha figura en los países que suelen equivocadamente mezclar religión con Derecho).

## 2. COACCIÓN.

Por **coacción** en general, con relevancia en el marco de todos los grados (*primer, segundo y tercero*) de *consentimiento* jurídico-penal auténtico, es adecuado comprender las formas de **intimidación, amenaza, fuerza y violencia** que, dependiendo de su **grado** de interferencia en el contexto de la acción en que estén involucradas, no permiten la expresión libre de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido, además como manifestación del Derecho fundamental de autodeterminación que es. Ello significa que hay categorías de coacción que no impiden la expresión **relevante** del *consentimiento*, con sus efectos de atipicidad.

Lógicamente, la coacción en contra de la víctima tanto puede ser ejercida por medio de *vis física* o **absoluta** (*ex.: alguien que, bajo la mira de una arma, es forzado a consentir en que le pongan un tatuaje*) como a través de *vis moralis* o **compulsiva** (*ex.: uno que amenaza con secuestrar y matar al hijo de un director de una caja de ahorros, si éste no le paga una cierta cuantía en dinero*), importando para el *consentimiento*, al fin y al cabo, la relevancia de la autenticidad de la expresión **libre** de la voluntad del titular del derecho o la relevancia de la **coacción**. Consecuentemente, se puede deducir que hay casos aún más **graves**, sobre todo acerca de sus efectos con respecto a la víctima, que expresan una coacción con **doble** relevancia criminal cualitativa y cuantitativa (*ejemplos: una joven estudiante que es obligada, a un solo tiempo bajo violencia física y grave amenaza, a mantener una relación sexual con un profesor, en un contexto característicamente sin testigos; una joven de 15 años que pasa a vivir con un hombre más viejo, quien la somete a sufrimientos físicos, psíquicos y es, sin que el agresor habitual sea denunciado a causa de estar la afectada bajo su control psíquico y económico, aunque sin poseer atributos masoquistas<sup>705</sup>; etc.*).

A su modo refiriéndose a la “amenaza y violencia”, ROXIN<sup>706</sup> recuerda que una **posición** “tradicional” (*eminente separatista*) no reconoce relevancia al *consentimiento*

---

<sup>705</sup> Ejemplo semejante y real de “simum” (síndrome de la mujer maltratada) lo señala OLMEDO CARDENETE en *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona/España, Atelier penal, 2001, p 125, obra que merece lectura.

<sup>706</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 551.

expresado bajo amenaza, aunque lo haga acerca del acuerdo<sup>707</sup>. **Sin embargo**, prosigue el autor alemán, “no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento”, empero la excluirá siempre y en todos los niveles, cuando “afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”.

CUELLO CONTRERAS<sup>708</sup>, con respecto al marco de las **coacciones**, y recordando a ROXIN y a ESER/BURKHARDT, manifiesta que la influencia viciosa **significante** sobre la expresión de la voluntad en el *consentimiento* lo torna irrelevante, por no haber sido “prestado libremente por su titular”. Ello, desde el momento en el que el “concepto de acción” concretamente satisface “el grado exigido por el delito de coacciones para que se pueda hablar de acto no libre del coaccionado”.

No obstante, y como en general, para la irrelevancia del *consentimiento* es de igual modo necesario que la coacción en general se haga **invencible** (o *difícilmente vencible*) para la víctima. Para hacer esta conclusión con seguridad jurídica, es apropiado identificar y tratar al titular del bien como una persona poseedora y en el ejercicio de los atributos de la **normalidad** existencial<sup>709</sup> relativamente al supuesto práctico al que se enfrente. En las situaciones eminentemente subjetivas y de vicios concretamente pequeños, como el envejecimiento personal, el temor irrelevante, etc., el titular del derecho tiene el **deber** de reaccionar como individuo normal, ya que entender de otra manera significaría estar aplicando (o *mimando*) criterios neoliberales de expansión innecesaria al aspecto sistemático y práctico de la Ciencia punitiva en contra del autor, alejando la intervención mínima y la *ultima ratio* con un sólo golpe de palo. Por ej., pretender dar relevancia jurídico-penal a una coacción solamente porque un homosexual amenazó con contar en su medio social que la víctima no tenía pelos en su cabeza y utilizaba una peluca, obteniendo con el permiso para un coito anal

---

<sup>707</sup> Incluso, contrariamente al entendimiento que adoptan algunos ilustres juristas, no puedo comprender ni aceptar, bajo criterios de garantía jurídica y armonía sistemática, por qué los vicios, en principio y en general, pueden tornar irrelevante el consentimiento y no lo que los separatistas suelen nombrar acuerdo (consentimiento de primer grado), cuando afrontamos, en ambos casos, un mecanismo peligroso y dañoso (el vicio) que, en ciertas categorías, impide patentemente la expresión libre de la voluntad humana. ¿Será que no tratamos con personas en ambos casos? ¿Es adecuado para el ordenamiento jurídico penal-constitucional aplicar criterios de protección víctimas distintos e injustos a las mismas personas y con respecto a semejantes estructuras delictivas? ¿Coaccionar o engañar a alguien para entrar en una morada o para sustraer algo de su titularidad es un procedimiento irrelevante? Además de todo, estoy convencido que no. Como máximo, según la expresión normativa del legislador para determinados supuestos específicos, lo que es legal es el desvío de la conducta infractora para otro tipo, que no el básico del comportamiento del autor, a lo que mucho se hace referencias en esta investigación.

<sup>708</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 737 y n.p. 45.

<sup>709</sup> Supuestos acerca de menores en general y enajenados mentales, desde luego pueden depararse con la irrelevancia del consentimiento a causa de criterios formales y materiales biológico-psicológicos legales, previstos por el legislador de manera amplia o restrictiva.



pasivo, es algo absolutamente inaceptable dentro de criterios jurídicos humana y científicamente equilibrados.

### 3. ERROR.

Errar, tan firmemente a mi propósito, quiere decir con **redundancia** que jurídicamente alguien no acertó. Pero, ¿en qué circunstancias? ¿Y en qué grado?

CUELLO CONTRERAS<sup>710</sup> recuerda a ROXIN de modo **concluyente**, quien hace un resumen del error bajo dos perspectivas fundamentales muy satisfactorias, tomando el ejemplo de un caso de un “campesino<sup>711</sup>” que ha errado en un asentimiento. No obstante, para exigir más a la mente y no repetírselo, me refiero de modo **semejante**, p.e., a la maestra que deja sobre su escritorio de trabajo un billete comunicando a un alumno que le había preguntado de que él podría buscar en sus gavetas y mirar el resultado de la oposición realizada y a la que se había presentado el día anterior, cuando verdaderamente la profesora no lo pretendía autorizar, pero se ha olvidado de poner el adverbio de negación **no**, convirtiéndose aquel papel en un *consentimiento equivocado*.

Inicialmente, cuando en el ejemplo de la maestra el autor **provoca** el error (*lo que lo torna un sujeto activo del delito “conforme a sus reglas<sup>712</sup>”*), o **conoce** el verdadero sentido (*negativo*) del escrito (*“anteposición de la voluntad real a la manifestada”*), obviamente el *consentimiento* resulta **absolutamente irrelevante**, realizándose el tipo violador de la intimidad de la profesional. Sin embargo, siempre que el autor sólo **utiliza** del error de la víctima, en supuestos en los que no ha provocado ni sabe con anterioridad sobre su existencia, esto tampoco significa una irrelevancia absoluta del consentimiento en cuanto al escenario jurídico en general, porque **desvía** la conducta típica básica inicialmente para el marco de la estafa, de conformidad a sus reglas respectivas.

Cuando el titular del bien no consiente internamente, pero **lo hace externamente** por un error formal (*el caso de la omisión de la partícula ‘no’, p.e.*), sin que lo sepa el autor y éste evalúe erróneamente el contexto, actuando según dicho error, esto me parece un caso que se podría encuadrar entre la **frontera** del error con la relevancia del

---

<sup>710</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 738 y 739.

<sup>711</sup> ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 550: “Si alguien quiere escribir a su vecino: ‘no estoy de acuerdo con que Ud. tale mi árbol que está en la linde de la finca’, pero se olvida la palabra no”.

<sup>712</sup> CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 739.

*consentimiento* atípico. Sí, porque hay elementos de ambos institutos, si bien me inclino para el sentido del **error** y, por tanto, de una causa de exculpación, ya que el elemento externo de la autorización patente, aún así, no tiene la complementación material del subjetivismo real del titular del bien, desfigurando la autenticidad absoluta del *consentimiento*.

Ante todo ese **complejo** problema de los vicios del *consentimiento* atípico en el ámbito del Derecho penal, surge la cuestión de los **errores del titular del bien**, desde su marco interno, no conocidos por el autor y tampoco debidos a engaños provocados por éste. Me refiero a cuando el titular del bien comete error *spont sua – redundantemente él mismo y a causa de razones puramente intrínsecas o extrínsecas no provocadas ni conocidas de algún modo por el autor –*, en cuanto a la **necesidad** de menoscabo del bien o a la **motivación**, mientras con base en esta valoración equivocada consiente claramente y de este *consentimiento* se entera dicho autor de modo psicológicamente indudable, además actuando dentro de sus límites (*ex: Cristóbal y Nicolás son gemelos muy parecidos y ambos conocen a Carlos, el que tiene una relación de amistad más próxima con Cristóbal prestándole con frecuencia su coche; Nicolás pide a su hermano que solicite a Carlos, en su nombre, prestarle dicho automóvil para un viaje de dos días y creyendo que su gemelo lo había atendido y tendría la respuesta afirmativa como de costumbre, se dirige a la casa de Carlos, el que mira a Nicolás y, confundiéndolo con Cristóbal autoriza que este se haga con el coche*).

Muy bien, hay que **reconocer** relevancia jurídica al error de tipo con respecto a la modalidad especial de equívoco del párrafo anterior. Es decir, que no hay que añadir el error del titular del bien a la idoneidad psicológica o material del autor ni del objeto menoscabado para fines de imputación penal, y ni **siquiera** en cuanto a un desvío del tipo penal básico para otro, aunque fuera más blando. El fallo ha sido del **interior mental** y **únicamente** del titular del derecho acerca de su poder de evaluación en aquellos momentos, solamente dándose cuenta del error *a posteriori*, una vez realizada la acción (*lo que ha pasado ya no existe*). Y por ello, no debe ser injustamente reprochada la absoluta ausencia de *dolus malus* del autor, incluso también a partir de la consciencia auto-equivocada de la víctima, como tampoco se debe relegar la seguridad jurídica representada por la idoneidad para fines penales del objeto menoscabado (*sería como imponer un reproche o intranquilizar a un completo inocente*), incluso porque el derecho no puede partir y mucho menos ser empleado basándose en meras y exclusivas suposiciones del intelecto, sino en manifestaciones concretas que tengan un mínimo de **coherencia**. En este caso negar eficacia al error sería como exigir poderes de vidente o visionario al autor (*que incluso también ha estado equivocado*), imponiendo una

preocupante relatividad de insignificancia a la garantía jurídica que es fundamental asegurar a ese instituto, además porque consentir es un derecho de base constitucional, pero también implica deberes al que asiente, que están en el marco del equilibrio de la lógica de las relaciones humanas y jurídicas.

#### 4. LA SITUACIÓN NO GENERAL DE NECESIDAD DE INFORMACIÓN DIRECTAMENTE AL TITULAR DEL BIEN JURÍDICAMENTE PROTEGIDO Y DISPONIBLE.

La imprescindible **información** directamente al titular del bien, normalmente a cargo del autor, constituye un requisito muy puntual para la eficacia del *consentimiento atípico*. Sin embargo, esto **no es así en todos** los supuestos de consentimiento (*y ni siquiera en la mayoría de ellos*), sino en **determinados** casos, en los que tanto su propia estructura específica como las conveniencias del legislador pueden **exigir** dicha información.

El conocimiento por parte del titular del bien acerca de los riesgos e indudables o posibles consecuencias del *consentimiento*, presenta un **destaque** de exigencia evidente en las situaciones de **lesión corporal** y de riesgo de **trastorno mental** en el marco de la actividad médica y de la psicología, lo que parte de la lógica hermenéutica de la Ley penal (*art. 156 del CPE – supuestos de cirugías transexuales, v.g.*) y de los Textos en el entorno de la *lex artis*, como sobre todo cuando se observan valores y principios constitucionales (*respeto a la dignidad, a la autodeterminación, al desarrollo de la personalidad, a la libertad de la persona, a su integridad física, a su vida, etc.*), lo que, en este caso, despliega efectos para todo el ordenamiento.

Con respecto a ese tema de la **información**, BARJA DE QUIROGA<sup>713</sup> recuerda que sobre la necesidad de “que el consentimiento ha de ser libre, es decir, sin vicios, se exige en ciertos ámbitos de actividad que el que consiente se encuentre perfectamente informado”. Ello es un “contrapunto” **impuesto** al autor (*el deber de informar al titular del bien que va a consentir*). Y añade el autor español que **básicamente** “este deber surge en el ámbito de las intervenciones médicas”.

Lo mismo puede decirse en los casos de necesidad de información ante **representantes** legales, aunque en estas situaciones mi perspectiva sea de *consentimiento*

eficaz como causa de **justificación**, y no de **atipicidad**, pues a ésta le falta la **insustituible** mediación de la voluntad del titular del bien. No obstante, **excepto** si el representante elegido o legalmente previsto consiente exactamente como lo ha determinado con anterioridad el titular del bien jurídicamente protegido (*un enfermo que necesita someterse a una cirugía de elevado riesgo para su vida y orienta a su representante para que, encontrándose inconsciente, autorice la intervención médica*).

En lo que a la necesidad de información al titular del derecho se refiere, **volveré** al tema más intensamente en el Capítulo IV.

## **VI - CONSENTIMIENTO EX ANTE FACTO.**

Consentir en algo o para algo, bajo el prisma del *consentimiento* jurídico-penal, significa un asentimiento desde el momento **presente** hacia el **futuro**, sin vinculación con lo que ha pasado, en términos de eficacia atípica y de conformidad a la teoría monista adoptada en esta investigación. Así que es un *consentimiento auténtico*.

Por supuesto que, **atendidos** los demás requisitos (*capacidad del titular del derecho, disponibilidad del bien, conocimiento del autor, ausencia de vicios*) para la validez y el despliegue de los efectos atípicos del *consentimiento auténtico*, se hace estructuralmente imprescindible que sea expresada dicho consentimiento **antes del comienzo** de la realización del comportamiento típico (*o más ampliamente: antes del hecho*), y desde entonces no hay que hablar de cualquier lesión o amenaza al bien jurídicamente protegido, sino de un menoscabo al **objeto del hecho**... y nada más (*Un ejemplo: María decora el interior de su casa de modo extremadamente armónico y bonito, lo que llama la atención de sus vecinos, que pasan a desear conocerlo, aunque la propietaria no los quiera a todos en su vivienda. Angustias, extremadamente curiosa y por emulación, se determina a adentrarse en la casa de María, aunque para esto tenga que servirse de una amenaza o incluso de una violencia física. Empero, María, que antes no pretendía permitir el acceso de Angustias, en el momento en que la mira caminando hacia su hogar, decide consentir – sin la interferencia de cualquier vicio – que su vecina pueda dar un vistazo en la decoración*).

---

<sup>713</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 18.

Entre otros muchos e ilustres autores, CUELLO CONTRERAS<sup>714</sup> señala que “el consentimiento debe *constar antes de la realización del hecho*”, por lo que manifiesta la **irrelevancia** del “consentimiento prestado con posterioridad”, lo que da la dirección de un perdón<sup>715</sup> a la manifestación de la víctima.

PÉREZ ALONSO<sup>716</sup>, muy resumidamente, también **asegura**: “Para que sea eficaz, el consentimiento ha de ser anterior a la acción”.

CASAS BARQUERO<sup>717</sup> **cita** que “el consentimiento en Derecho penal ha de ser otorgado con anterioridad al acto que se autoriza y ha de prevalecer su validez en el momento del inicio de la acción”.

BARJA DE QUIROGA<sup>718</sup> igualmente refiere que ese asentimiento “debe haber sido prestado con anterioridad a la acción del sujeto activo y mantenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción”. Es jurídicamente **muy lógica** la necesidad de expresión del *consentimiento ex ante facto* para que sólo entonces pueda producir sus efectos de validez y eficacia, incluso **atípicos**.

Mientras tanto, el *consentimiento* es también posible de ser **anulado** o **revocado** en **cualquier momento**, (“*en tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual*”, lo recuerda ROXIN<sup>719</sup> muy oportunamente), como un derecho de libre expresión de la voluntad del titular del bien (*en el marco del ejemplo anterior, María podría haber consentido el ingreso de Angustias en su morada, y del mismo modo haberlo revocado con absoluto regreso de la protección legal a su intimidad/patrimonio*). Empero, para que produzca efectos de **regreso** de la protección jurídico-penal y consecuentemente de tipicidad absoluta a la conducta del autor (*en grado de consumación en lo que se refiere a todo el comportamiento*), debe igualmente el titular del derecho revocar el *consentimiento* **antes** de iniciarse la realización del hecho, pues algún acto o comportamiento que haya sido practicado por dicho autor bajo un *consentimiento* auténtico y dentro de los límites expresados por el otorgante, mantiene su lógica configuración **atípica** por todo aquel entonces, hasta porque no se puede regresar en el

---

<sup>714</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 732, *in fine*, y 733.

<sup>715</sup> En este punto, CUELLO CONTRERAS incluso recuerda a SÁINZ CANTERO, CASAS BARQUERO, BACIGALUPO, JIMÉNEZ DE ASÚA, el propio MEZGER, STRATENWERTH, MAURACH/ZIPF, etc. (*idem supra*, n.p. 26).

<sup>716</sup> *Delitos de acción. La tipicidad (II)* – *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 466.

<sup>717</sup> *El Consentimiento en Derecho Penal... cit.*, p 83.

<sup>718</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 16.

<sup>719</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 535.

tiempo con lo que va a perjudicar el reo<sup>720</sup>, cuando éste ha practicado un acto con validez y eficacia jurídicas de atipicidad, lo que es un instrumento de garantía elemental en el marco de los Estado de Derecho modernos.

BARJA DE QUIROGA<sup>721</sup> **alude** a que, “sin duda, el consentimiento hasta la ejecución de la acción es revocable”.

También CUELLO CONTRERAS<sup>722</sup> **refiere** que “El consentimiento prestado, a su vez, puede *retirarse*, siempre y cuando se manifieste antes del comienzo de realización del hecho”.

CASAS BARQUERO<sup>723</sup> **enseña** que “la revocación del consentimiento, una vez comenzado a realizar el acto pero sin alcanzarse su consumación, se ha de considerar que tenga validez, de suerte que el agente no podría estimar su conducta lícita si prosigue a partir de aquél momento en la realización del hecho típico”.

**Recuerdan** JESCHECK/WEIGEND<sup>724</sup> al *consentimiento* como “revocable libremente”, además de lógicamente no ser necesaria “una impugnación del mismo en el sentido del Derecho civil”.

Si por un lado el *consentimiento* **significa** una renuncia manifiesta a la protección jurídico-penal acerca del bien por su titular, por otro no implica un efectivo **rompimiento** del binomio titular y bien posible de regresar con la protección jurídica, un acto, en principio, de situación especial de renuncia revocable a su protección, lo que en nada impide su perfeccionamiento hasta la propia **destrucción** absoluta del objeto menoscabado, cuando el titular del bien mantiene su asentimiento desde el inicio y por toda la realización del hecho. La naturaleza jurídica y la consecuente fundamentación de esa capacidad de revocación libre del *consentimiento* está jurídicamente asegurada también desde la **Constitución**, pues igualmente así son protegidos la dignidad y el desarrollo de la persona, como también su capacidad de autodeterminarse: consintiendo, no consintiendo o anulando el consentido.

---

<sup>720</sup> La *retroactio in malam partem* representa la negación de Derechos fundamentales básicos concernientes al respeto humano, a la justicia, a la legalidad, etc.

<sup>721</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 16.

<sup>722</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 733.

<sup>723</sup> *El Consentimiento en Derecho Penal... cit.*, 83.

<sup>724</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 411.

Por supuesto que la **revocación** del *consentimiento* debe ser expresada e **inequívocamente** reconocible exteriormente<sup>725</sup> por el autor, el que, si no la conoce en tales circunstancias, todavía así actúa, en principio, sin voluntad infractora ni desatención objetiva, es decir, sin expresión del elemento subjetivo (*dolo o culpa en sentido estricto*), lo que puede clasificar el hecho como un **error sobre el tipo** (p.e.: *uno que lleva por las calles una bolsa cuyo contenido es haxixe, aunque esté convicto de que se trate de unas hierbas para hacer un té*), aunque también pueda serlo sobre la **prohibición** (v.g., *un policía que considera tener una autorización legal para entrar en una casa y realizar un registro domiciliario, cuando no lo tiene*).

No obstante, como máximo y en su caso, cuando le falta al autor el cuidado objetivo y, por consiguiente sobrevive el **elemento subjetivo** en el error, incluso pudiendo expresar claros matices, es jurídicamente posible (y a menudo adecuado) que el hecho resulte típico y se le aplique a dicho autor una punición por **imprudencia** o **error vencible**<sup>726</sup> (por ej., *Rodríguez es funcionario y pide a su jefe que le autorice a utilizar un equipo de la empresa para un labor en su hogar; el superior lo consiente con la recomendación de que coja el equipo más antiguo, pues el nuevo está averiado y puede resultar imprestable si alguien lo utiliza, pero Rodríguez, que tiene prisa, no vuelve a preguntar a su director cuál es el equipo adecuado y se larga con el averiado, poniéndolo de tal modo roto que ya no le resta arreglo*).

Con respecto a la cuestión de los **elementos** objetivos y subjetivos del *consentimiento*, bajo la reiteración de que efectivamente este instituto actúa en el marco de la **tipicidad**, CUELLO CONTRERAS<sup>727</sup> está convencido de que “la creencia errónea por parte del autor del delito, de que medió consentimiento”, no excluye “sin más el tipo”, lo que resulta considerar el hecho **imputable** “por imprudencia”, ya que, p.e., los supuestos conocimientos “a la ligera” son temerosos para un Derecho justo. Este autor español, con brevedad, recuerda que el *consentimiento* no se trata de un “elemento negativo del tipo”, sino de “un elemento de la antijuridicidad recogido en el tipo”. Además refuerza, con vehemente acierto, que no basta la “creencia subjetiva del consentimiento” por parte del autor para asegurarle relevancia atípica cuando ha mediado la imprudencia, lo que hace **realizado** el tipo que le corresponda.

---

<sup>725</sup> ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 535, manifiesta que igualmente para la revocación “tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior”.

<sup>726</sup> Lógicamente, siempre y cuando haya una previsión legal.

<sup>727</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 739 y 740.

## 1. LA CUESTIÓN DEL *CONSENTIMIENTO*, TANTO OTORGADO COMO ANULADO, UNA VEZ INICIADA LA ACTIVIDAD DE MENOSCABO DEL AUTOR CONTRA EL BIEN JURÍDICO.

Cuando un *consentimiento* auténtico es expresado **antes** del comienzo de la realización del hecho, sus efectos son de **atipicidad** de la conducta desde aquel entonces y **dentro** del ámbito de lo otorgado por el titular del bien. Al contrario, siempre que un *consentimiento* es revocado antes del inicio del comportamiento, la protección jurídico-penal regresa en su **totalidad** sobre el bien y sus efectos vuelven a ser de **tipicidad** de la conducta del autor. Ambas hipótesis parecen claras desde los planteamientos del ítem anterior.

No obstante, ¿y cuando el *consentimiento* es **otorgado** una vez empezada la realización del hecho y, por supuesto, antes de su consumación? O entonces, ¿y cuando es **revocado** el *consentimiento* después del comienzo del comportamiento y de idéntico modo antes de su consumación? ¿Qué tratamiento jurídico se debe **aplicar** en cada uno de esos casos?

El *consentimiento* expresado cuando ya ha **empezado** la acción del autor<sup>728</sup>, con su conocimiento, aunque no implique inidoneidad penal del objeto hasta entonces, desde su manifestación sí que lo implica. Así, resultará siempre una punición en **grado de tentativa**.

A su vez, ROXIN<sup>729</sup> **cita** que “Si el consentimiento se presta después del comienzo del hecho, pero antes de su consumación (por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación consiente voluntariamente en el yacimiento después del empleo de la fuerza) existe tentativa”. En este supuesto de ROXIN, no hay **consumación**, pero hay actos de realización típica del hecho, lo que implica en un reproche legal como **tentativa**.

---

<sup>728</sup> Uno de los ejemplos variantes, aunque característicos en estas situaciones de consentimiento expresado durante la práctica infractora, puede ser el “Síndrome de Estocolmo”, que significa la sumisión afectiva de la víctima a sus secuestradores (y es posible que entre ambos), tras un determinado tiempo de convivencia y sobre todo a partir del poder que en particular uno de ellos pasa a ejercer sobre los sentimientos y a veces los deseos sexuales del ofendido, el que, desde este entonces, se entrega al autor a menudo como su cómplice: en Estocolmo (capital de Bélgica – 1973), unos ladrones atracaron un banco y mantuvieron a los empleados como rehenes durante varios días. Cuando se procedía a la liberación de éstos, un periodista pudo fotografiar en el exacto momento en que una de las mujeres rehenes y uno de los captores se besaban espontáneamente. De esto, surgió el bautizo de “Síndrome de Estocolmo”. También puede ocurrir un asentimiento en situaciones de sumisión ideológica, como ha pasado, al que parece, en el inolvidable caso Petty Hearst en los EE.UU. Pero, ¿y se la víctima se ha entregado al autor porque tenía vocación para aquel estilo de vida? Ahí también la regla es aplicable, pues los actos criminales anteriores y consumados no se pueden anular, como expresión de garantía jurídica y seguridad social, sino a través de otra ley. La víctima no puede estar al mando (tampoco disponer del poder de manipular) de las directrices del ordenamiento jurídico-penal (incluso violando la oficialidad de los procedimientos) ni tampoco de los intereses sociales del equilibrio existencial.

<sup>729</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 535 y 536.



Como antes he dicho, el derecho/poder para **revocar** el *consentimiento* en cualquier momento es una garantía constitucional-penal del titular del bien para la afirmación de su dignidad y el desarrollo de su personalidad, tanto como lo es su **concesión**. El *consentimiento* expresado no somete **jamás** el bien entregado al menoscabo a una condición semejante a la de una *res nullium* y tampoco a la de *res derelicta*, las que implican conceptos de carácter y efectos eminentemente privados, **excepto** cuando tienen forma contractual patente que se deba considerar como tal, una vez que expresen características inherentes al Derecho privado.

Entonces, surgen dos otras **interrogantes**: si al ser revocado el *consentimiento*, tras empezada la realización del hecho (*una chica busca a una enfermera para que le haga un agujero en cada una de sus orejas para que pueda utilizar pendientes, aunque, cuando recibe la anestesia y está siendo pinchada, desiste del procedimiento*), el autor **detiene** su comportamiento en respeto a la expresión de la voluntad del titular del derecho, ¿cuáles son los efectos jurídicos? Contrariamente, ¿qué resulta si la profesional **no atiende** a la revocación de la víctima y termina con lo que ha empezado a ejecutar?

En el primer caso (*el respeto a la voluntad revocatoria de la titular del bien*), los actos anteriores a la revocación son **atípicos** y una vez que la autora haya detenido el procedimiento, se trata sólo de un **hecho común**.

En el segundo caso (*la enfermera no atiende a la voluntad de la víctima y prosigue con su trabajo haciendo los agujeros*), hay que considerar la atipicidad de la conducta de la autora hasta el momento de la **revocación** del asentimiento (*la aplicación de la anestesia y los pinchazos iniciales*), es decir, que tras el comienzo de la realización del hecho y desde aquel entonces es cuando **regresa** la protección jurídico-penal al bien (*la integridad corporal*).

Sin embargo, el concepto dogmático y formal de delito **consumado** exige que estén presentes sus elementos **formadores** para que se pueda considerar y sancionar de este modo. Así, aunque pueda haber una consumación material por parte del autor y según su deliberada intención, pero sin que a estos aspectos se hayan **añadido** los demás requisitos destinados a la configuración del delito consumado de modo **imputable** penalmente a dicho autor, en el caso del *consentimiento* se trata de **tentativa**<sup>730</sup>, como en la hipótesis de la

---

<sup>730</sup> “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causa independiente de la voluntad del autor” (art. 16 del CPE); “El delito es: I – consumado, cuando contiene todos los elementos de su definición legal; II – tentado, cuando, tras iniciada su ejecución, no hay consumación por causa de

enfermera, que dio continuidad a su comportamiento y abrió dos agujeros en las orejas de la víctima, que no más lo deseaba<sup>731</sup> (*lesiones intentadas*). En el *consentimiento* revocado después de iniciada la realización del hecho y antes de su consumación, sin que el autor se detenga, los actos de preparación y dicho inicio de la ejecución del hecho (*sin olvidar que la revocación aún puede acaecer cerca de la consumación*), que fueron perpetrados bajo patente atipicidad, por sí solos ya **desfiguran** los requisitos para que sea posible considerarlo un delito consumado, implicando que lo correcto es tratarlo en grado de crimen **tentado** a causa de la falta de idoneidad absoluta del objeto para la consumación propiamente dicha.

Es todavía oportuno recordar lo **imprescindible** que significa el análisis muy detallado de cada caso práctico de **revocación** de *consentimiento* durante el **acometimiento** del hecho, cuando no sea atendida por el autor. Me explico, que hay situaciones en las que el proceso humano de realización y detenimiento se queda comprometido a niveles de **difícil** o incluso **imposible** control psíquico-somático por parte de los involucrados o de uno de ellos (*ex.: durante una relación sexual, cuando la mujer está en su límite máximo para alcanzar el orgasmo, el hombre decide interrumpir el coito, no obstante la pareja abarca el hombre con fuerza hasta que se realice en su placer*), lo que implica siempre en la necesidad de dicha evaluación *per se* de los casos bajo evidentes criterios de igualdad real y proporcionalidad, que en situaciones extremas pueden conducir el hecho a un contexto de exculpabilidad (*más característicamente por inexigibilidad de otra conducta*) o incluso de impunidad. Y cuando de otro modo el autor da continuidad a la ejecución, pero expresando sentimientos negativos que estén inseridos como causa de **agravamiento** o de **aumento** de pena, sobre el tipo tentado se suman cualitativa y cuantitativamente estas circunstancias para elevación proporcional de la sanción respectiva.

## 2. LA IMPOSIBILIDAD DOGMÁTICA DE VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO POST FACTO.

El comportamiento infractor que **ha sido** realizado, muy lógicamente **no puede** ser objeto idóneo de *consentimiento a porteriori* para sus fines de atipicidad (*o incluso de*

---

una circunstancia independiente de la voluntad del autor” (art. 14, I y II, del CPB – el original en portugués: “Diz-se o crime: I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”).

<sup>731</sup> Y lo recuerdo que, si la autora utilizó algún otro medio para someter la víctima, además de la tentativa de lesión responderá por el otro (o los otros) delito en forma inicial de concurso material.

*justificación para los que adoptan la teoría dualista*), pues el vínculo infractor que acogió a los elementos estructurales formadores del delito respectivo (*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como mínimo*) quedó registrado en el mármol de su relevancia jurídica-sistemática con la evidente **violación** de la norma penal compatible en su tiempo.

ROXIN<sup>732</sup>, tratando del “Momento y revocación del consentimiento”, señala muy **directamente** que un asentimiento “ulterior (p.ej.: la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho) carece de influencia sobre la realización del tipo”. Y añade que, “de lo contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal, lo cual va en contra del principio de oficialidad (o principio de intervención de oficio)”.

Para BARJA DE QUIROGA<sup>733</sup>, también **señalando** a BACIGALUPO, “un consentimiento *a posteriori* sólo es perdón”.

**No difiere** PÉREZ ALONSO<sup>734</sup>, apuntando que un *consentimiento post facto* “es sólo perdón”.

Es cierto que, como máximo, un *consentimiento post facto* de la víctima lo que puede es cambiarse técnicamente (*con estructura y efectos distintos*) en un **perdón** (*acto bilateral, pues además del asentimiento del ofendido aún exige la aceptación por parte del autor*) o en una **renuncia** (*acto unilateral de la víctima*), y sólo cuando sean procesalmente admisibles; es decir, que impidan la persecución o, en su caso, la punibilidad en cuanto a los supuestos que **dependan** formalmente de instancia de parte<sup>735</sup> (*infracciones penales con destacado carácter personal del ofendido, a ejemplo de aquellas contra el honor*<sup>736</sup>).

Sin embargo, en aquellos supuestos que **no dependan** de manifestación de la parte para la persecución penal del autor por parte del Estado, también en ellos un *consentimiento posteriormente* otorgado muy lógicamente no habrá de **impeler** a que la conducta criminal anterior se haga conocer a las autoridades por la víctima<sup>737</sup>, si antes ya no lo hizo dicha afectada (*y por supuesto, cuando no la conozca por otros medios la autoridad*

---

<sup>732</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 535, *in fine*.

<sup>733</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 16 y n.p. 43.

<sup>734</sup> *Delitos de acción. La tipicidad (II) – Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 466.

<sup>735</sup> Con respecto a este tema, MIRABETE (*Manual de Direito Penal – Parte Geral – arts. 1º a 120... cit.*, p 193) es puntual: “el consentimiento expresado tras la práctica del ilícito penal no lo descalifica como tal, aunque puede impedir la acusación formal contra el autor, cuando ésta dependa de instancia de la víctima”. El original en portugués: “O consentimento após a prática do ilícito penal não o desnatura, mas pode impedir a ação penal quando esta dependa de iniciativa da vítima”.

<sup>736</sup> Arts. 205 y ss del CPE; arts. 137 y ss del CPB.

*encargada de la persecutio – un testigo que lo haya denunciado, p.e.).* En estos casos, sería raro que dicha persona ofendida no se tomara una **comparsa** (*el supuesto de una mujer que, tras un secuestro con violación y lesiones graves, se enamora de su agresor y consiente en haber estado yaciendo y en compañía del criminal*<sup>738</sup>), imponiendo, *manu proprio*, sus intereses por encima de los de la **sociedad** organizada. Ello, lamentablemente suele tornar **eficaz** esta modalidad **desviada** de *consentimiento* bajo el aspecto **factual**.

No obstante, un *consentimiento post facto*, en principio, es posible considerarlo como una circunstancia judicial **favorable** al autor o entonces, y a su caso (*con efectos reductores de sanción más manifiestos*), modificadora legal de su responsabilidad criminal (**atenuante genérica o innominada**<sup>739</sup>) en el escenario amplio del delito, pues la verificación del comportamiento de la víctima en pro del reo es un elemento contextual que debe ser considerado por el juez para la aplicación de la pena, aunque sin que pueda alterar la estructura fundamental de la infracción que ha sido consumada, sobre todo en el ámbito del *consentimiento*. La posibilidad de **reducción proporcional** de pena para el caso del *consentimiento post facto* (*lo que, como algo posible, por supuesto no es siempre imprescindible, dependiendo de cada caso*) constituye una inequívoca manifestación de Derecho penal **garantizador** y **liberal**, pues de otro modo significaría negar la existencia real de un comportamiento con victimización del propio afectado posible de evaluación jurídico-democrática y político-criminal merced a la **armonía** y **lógica** del sistema penal-constitucional.

---

<sup>737</sup> En este sentido, antes, también lo recuerda ROXIN, en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 536.

<sup>738</sup> Recuerdo – para simple ilustración – que este tipo de *consentimiento post facto* y obviamente irrelevante jurídicamente, es distinto del supuesto, por ej., cuando la víctima se calla y no denuncia a su agresor por haber sido amenazada con muerte o con cualquier otro vicio insuperable. Esto ya no se trata siquiera de *consentimiento posterior*, sino de una patente coacción impeditiva de la expresión denunciadora de la persona afectada, que no consintió en ningún momento y fue mantenida como si lo hubiera hecho, bajo la utilización por parte del autor de un comportamiento también claramente típico, antijurídico, culpable y punible.

<sup>739</sup> Por esta atenuante debe entenderse otra cualquier no prevista expresamente en ley, pero relevante y análoga a sus congéneres específicas (art. 21.1ª/5ª del CPE; art. 65 del CPB), tanto anterior como posterior a la práctica de la infracción, hasta el momento de la imposición de la pena por la autoridad judicial competente.

## **CAPÍTULO IV**

### ***FORMAS DE CONSENTIMIENTO***

## I - BREVE INTRODUCCIÓN.

Siempre y cuando no incida, **aparte**, una causa de justificación o una dirimente de criminalidad, la ausencia del *consentimiento* válido y eficaz – *en al ámbito de los casos generales en los que quepa jurídico-penalmente como mecanismo unificador de atipicidad* – implica la **responsabilidad penal** del autor o de los autores (*conforme sea*) del hecho.

Por supuesto que no hay **únicamente** una forma ortodoxa de *consentimiento* jurídico-penal, sino que son **varias** sus modalidades de caracterización y hay desdoblamientos internos en la mayoría de ellas, que merecen referencia y tratamiento sistemático en el ámbito de la teoría jurídica del delito, dependiendo de los elementos estructurales que presente cada una de esas especies. Así, desde luego es muy oportuno plantear que **no todas** las modalidades de *consentimiento* penal, aunque contengan validez y eficacia jurídicas, implican el despliegue de efectos atípicos hacia el comportamiento humano que les corresponda, es decir, que hay también hipótesis claramente justificantes. Bajo la perspectiva que adopto y por consiguiente definiendo muy conscientemente, sólo las formas de *consentimiento* **expreso** (*sobre todo*) y **tácito** contienen capacidad de impedir la estructuración de la infracción ya en el primero de los elementos formadores del concepto básico y general de delito, es decir, en la **tipicidad**.

Lógicamente, reconocer formas distintas de *consentimiento* **jurídico-penal**, como actitudes significativas de asentimiento humano en heterogéneas situaciones, obviamente según el contexto en el que estén involucradas, es lo mismo que ampliar político-criminalmente su sentido jurídico más exacto para un Derecho crecientemente justo y seguro, denotando su mayor credibilidad y garantía dentro del medio social libre. Ello merece recordar, ilustrativamente, una cita de JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>740</sup> con respecto al binomio **justicia y libertad**, que debe siempre contener el Derecho, pues “el Derecho se dirige a las conductas y es finalista porque enfoca éstas hacia el *telos* de la existencia”, complementando que esta Ciencia acoge “en su seno los bienes jurídicos y tiene, como fundamental contenido, la justicia y la libertad”.

---

<sup>740</sup> *La ley y el delito – Principios de Derecho penal... cit.*, p 82.

Por lo tanto, el *consentimiento* puede presentarse, **fundamentalmente** y con manifiesta relevancia dogmática, de manera expresa, tácita, presunta, con variaciones informada y no informada, casi-consentida, activa, pasiva, etc. A su vez, esto retrata **tanto** la necesidad de evaluación de dichas complejas variaciones de expresión material del comportamiento humano (*titular del derecho y autor; aquél, hacia el desarrollo de su personalidad*) bajo el punto de vista **jurídico-penal** y **constitucional**, asegurándoles la afirmación por modos peculiares a cada grupo de situaciones, **como** el significado **político-democrático** y **sociológico-jurídico** añadidos a dichas manifestaciones de consentimiento en el marco de los sistemas abiertos, que serán el objeto de tratamiento básico en este Capítulo.

## II - **CONSENTIMIENTO EXPRESO (REAL O EXPLÍCITO).**

Es con respecto al *consentimiento* expreso, que alcanza el más **explícito** e **inequívoco** significado de exteriorización de la libre voluntad del titular del bien personal y jurídicamente protegido, a partir de su capacidad jurídica para consentir (*ex ante facto*), en lo que a un bien disponible dentro de su esfera de dominio se refiere, hacia el desarrollo de su personalidad, con los efectos de atipicidad del comportamiento humano, a causa también resultante del menoscabo de un mero objeto del hecho, que trata **fundamentalmente** toda esta investigación.

Mientras tanto, un real *consentimiento* ha de darse a conocer al **mundo exterior**, e incluso de manera **indudable**, pues el mero asentimiento interior del titular del derecho ya no basta para darle efectos válidos y eficaces. Ello, sobre todo bajo los criterios del monismo, es decir, dentro de la **tipicidad**, sea a través de la poca (*o ya nada*) utilizada teoría de la declaración de la voluntad sea por intermedio de la preponderante y convincente teoría ecléctica o intermedia<sup>741</sup>.

---

<sup>741</sup> Con respecto a este tema de las teorías de la voluntad en el marco del consentimiento, ha sido tratado con enfoques básicos en el Capítulo III de esta investigación. No obstante, en contra de ambas, la teoría del negocio jurídico y la intermedia (ésta, lo reitero, mayoritariamente acogida por los juristas en general), merece recordar que se pone la teoría de la dirección de la voluntad, que solo exige una manifestación interior del titular del bien.

La más real expresión del *consentimiento* humano puede manifestarse a través de **tres modos** jurídicamente básicos, es decir, del **escrito**, del **verbal** y del estrictamente **mecánico**. Para comprender ambos términos sin complejidades innecesarias de ningún orden y aplicarlos en el marco del *consentimiento* con seguridad sistemática, es adecuado que pueda partir el jurista de su significado común tanto gramatical-normativo<sup>742</sup> (*dentro del concepto básico que define los usos correctos de una lengua mediante preceptos*) como semántico<sup>743</sup> (*relativo a la significación de las palabras*). La **autorización escrita** significa expresarse libremente el titular del derecho con las letras, característicamente escribiendo los términos y los límites del *consentimiento* o firmándolo de conformidad a algo normalmente ya escrito; la **verbal** es manifestada con la palabra; la **mecánica** o física con un gesto; y todas son expresiones que deben exteriorizarse de modo inequívoco al mundo exterior.

### 1) ESCRITO.

El *consentimiento escrito*, como referencia general, significa en principio la más **formalmente segura** de todas las maneras de manifestación expresa de dicho y valioso instrumento jurídico, ya que implica estructuralmente la necesidad de una autorización firmada en documento con valor jurídico-legal patrón y hecho **directamente** por el propio titular del derecho, o bien por un **tercero** elegido para esto por aquél (*un representante, p.e., indicado por una persona que está de viaje*) o capacitado para ello por la ley (*los familiares en nombre del enfermo inconsciente o de un menor incapaz*).

En la modalidad de asentimiento penal escrito – *que puede mezclarse con características incluso civiles, aunque sin importar al Derecho penal de modo específico* –, característicamente deben hacerse constar los **términos** y los **límites** del *consentimiento* respectivo, casi siempre lo más posible con todos sus detalles (*ex.: uno que asiente en que una empresa destruya su casa para construir allí un edificio ya que no le gusta más su morada*). Esta es una vía de *consentimiento* estructuralmente más **detallista** y segura

---

<sup>742</sup>V.g., *Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española* – Edición en CD-ROM – Versión 1.0. Lo mismo, en Brasil, véase p.e. al *Dicionário Aurélio Século XXI* – Edição em CD-ROM, versão 3.0, Editora Nova Fronteira.

<sup>743</sup>*Idem supra*.



en su sentido amplio, lo que en absoluto y en su caso hace desmerecer las demás (*verbal y meramente física*).

El *consentimiento* expresado por representante, en su caso, puede resultar no en una causa de **atipicidad** su validez y eficacia, sino de **justificación**, siempre y cuando no haya una concreta y **directa** mediación de la voluntad autodeterminada del titular del derecho acerca del destino de su bien personal y sobre el que asiente dicho representante (*ejemplos: el caso de un representante elegido por el titular del bien que asiente en la venta de una joya perteneciente a éste, sin que dicho titular le haya recomendado que decidiera de ese modo; el padre que decide en lugar de un hijo menor, y sin que éste manifieste su voluntad a causa de la edad temprana, para que pueda ser sometido a una cirugía de fimosis*).

A mi juicio, como otro punto que intento plantear en toda esta investigación, sólo la afirmación de la **libre expresión directa** de la voluntad del verdadero titular del bien jurídicamente protegido (*en el caso de la joya, su propietario; en el de la cirugía de fimosis, la mediación del menor, si fuera precoz*) legitima cualitativamente el efecto **atípico** del *consentimiento*, sea como fuera su respectivo modo de expresión, es decir, independiente de ello (*escrito, verbal, específicamente somático*). No obstante, nada impide jurídicamente – *sino al contrario* – la eficacia justificante especial (*supra-legal*) para determinados supuestos, como los que indico en éste y en el párrafo anterior, incluso porque, además de la no mediación directa del titular del derecho en el acto preciso de la autorización, al representante correspondiente incumbe todavía ponderar valores para su decisión en lugar del tercero titular que representa, lo que no constituye un procedimiento estructural del *consentimiento auténtico* al que aludo a lo largo de este trabajo.

En cuanto al ámbito de las **lesiones**, digo mejor, con respecto a la actividad laboral médica, sobre todo la quirúrgica (*reparadora y cosmética*), es donde más se hace presente (y *necesario; a veces imprescindible*) el *consentimiento* expreso-escrito, y normalmente después de informado, del titular del derecho. Ello, además de la natural valoración humana y jurídica de los intereses del paciente, incluso también como una exigencia casuística y pragmática de los propios reglamentos generales y específicos sobre esta actividad profesional, desde el pensamiento garantista internacional (*Declaración Universal de los Derechos Humanos, posicionamientos de la Organización*

*Mundial de la Salud, lex artis, etc.*). En cierto modo, a dicha **imprescindible** información, en los casos que no impliquen la justificativa de intervención con base en otros motivos (*estado de necesidad, ejercicio de un derecho*<sup>744</sup>), se contraponen las preocupaciones en lo que se refiere al mencionado ejercicio de la **medicina defensiva**<sup>745</sup>, algunas de ellas procedentes, aunque sin que jamás se sobrepongan, de los derechos e intereses del paciente (*ex.: un fumador que se presenta con una enfermedad neoplásica pulmonar y firma su consentimiento para que la trate el médico, después de ser informado el otorgante acerca de las implicaciones durante y tras la operación, sin que se haga cargo obligatoriamente el profesional de promover la cura absoluta del titular del bien; también: una mujer que, después de ser informada, firma su consentimiento al médico esteticista para que éste le haga una liposucción para adelgazarla y tornarla más hermosa, tampoco implicando esto, por sí solo, en la obligación del autor de transformar a la otorgante en una “Sharon Stone” cualquiera*).

---

<sup>744</sup> Merece citar a BEATRIZ DE LA GÁNDARA (*Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva... cit.*, p 59), cuando recuerda que el *consentimiento* penal no exige necesariamente la licitud de la conducta del autor, que debe integrar el ejercicio legítimo de un derecho como una de sus características necesarias. Dicha licitud “puede faltar por razones meramente formales que no afectan a su esencia”, es decir, complementariamente a su aspecto material.

<sup>745</sup> Seguramente los casos de errores médicos, implicando tanto la responsabilidad criminal como incluso y naturalmente la civil y hasta la administrativa de estos profesionales, son muchos en el marco de la literatura jurídico-médica y como tales deben ser reprochados proporcionalmente, lo que constituye una expresión muy firme y necesaria de garantía en los Estados de Derecho. Y desde luego merecen ser citadas las reflexiones muy puntuales de MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado’ – pp 765 a 801 – Estudios Penales en Recuerdo al Profesor Ruiz Antón – Coordinadores: Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli –*, Valencia/España, Tirant lo Blanch, 2004, p 768), quien recuerda a BROGGI TRIAS (n.p. 2) y señala que la “medicina defensiva” fundamenta “sus actuaciones y formas en necesidades ajenas a las del enfermo, en las del profesional o de la estructura sanitaria, y en general por el miedo de las consecuencias jurídicas”. Sin embargo, no son pocos, e incluso son preocupantes por su incauta cualidad estructural, los casos de ejercicio de “exceso de ciudadanía” (digámoslo así), en los que los pacientes demandan jurídicamente a médicos que han ejercido su labor con absoluta legitimidad y dentro de los límites técnicos de la *lex artis* y de otras disposiciones legales específicas, tanto nacionales como internacionales. Dichos supuestos se producen a veces por ignorancia del paciente o bien por la búsqueda deliberada de indemnizaciones para enriquecimiento personal ilícito, sin preocuparse el demandante de los daños éticos y materiales que podrán resultar a los médicos, aunque éstos logren probar su inocencia. Es obvio que debe haber un equilibrio jurídico, y no solamente entre la relevancia y lógica de los intereses del paciente (que implica, inicialmente, la protección de Derechos fundamentales) y la protección racional de la actividad profesional lícita y legítima, sea en el área laboral que sea, sino también entre los intereses de la sociedad (en situaciones de riesgo o de evidencia epidemiológicas, de grave riesgo para la salud pública, etc.), preponderando éste sobre los demás, siempre y cuando impliquen la protección y garantía de Derechos fundamentales colectivos.

## 2) VERBAL.

El habla es la más ampliamente disponible e inmediata forma de contacto utilizada casi siempre con **eficacia** entre las personas. Constituye característicamente un mecanismo más **informal** que **formal** de exposición en general y de expresión libre de la voluntad, pese a poseer ambas posibilidades. El habla, la voz, la comunicación oral, es también la manera más espontánea de dar a conocer los secretos del alma y los deseos y sentimientos del corazón humano, sean sinceros o hipócritas, libres o basados en vicios.

A la voz acude el individuo desde los gruñidos primitivos y perdidos a lo largo de la propia historia de la humanidad hasta cuando el proceso de **civilización** fue implementando la **semántica** lógicamente inteligible, para expresar la persona su voluntad y sus otras variaciones de contexto interior y exterior más complejas. Así utiliza el ser humano el habla, incluso como una manifestación de Derecho natural, **tanto** como medio fundamental para dar a conocer e imponer su **autodeterminación** y su *consentimiento*, desde el proceso de formación de las hordas, de los grupos sociales crasos, de las familias matriarcales<sup>746</sup> y después patriarcales, de los grupos sociales más amplios, del pacto social, del Estado (*autoritario, de Derecho, liberal, democrático, social, social-democrático de Derecho*), **como** para expresar toda una heterogeneidad de deseos, alegrías, frustraciones, dolores, esperanzas, realizaciones, personales y colectivos, en el ámbito de todo el medio social.

La capacidad de la manifestación verbal es indudablemente **inmensa**, a lo que corresponden sus **efectos** no jurídicos o, en su caso, **jurídicos**, y dentro de éstos un ejemplo lo constituye el *consentimiento*, y sobre todo el **auténtico**, que despliega consecuencias positivas de **atipicidad** en el marco de la teoría sistemática del delito.

---

<sup>746</sup> La *mater sempe certa*, es decir, que la madre fue la que inicialmente dominó en su entorno, mientras éste se mantuvo sexualmente poligámico y sin control entre parejas. La madre conocía muy lógicamente a cada uno de aquellos a los que había concebido en su vientre y por supuesto los controlaba. Contrariamente, ello no era lo que acaecía, por lo menos en aquel entonces y de manera muy puntual, con respecto a los padres solamente biológicos. Los críos y los hijos jóvenes y adultos, la autoridad familiar que reconocían era, por tanto, la materna, ya que era improbable que conocieran a sus padres bajo dichas circunstancias de libertinaje inconsciente. Así, la formación de lo que hoy conocemos como sociedad fue de las hordas a los aglomerados familiares, con preponderancia matriarcal y sólo después patriarcal, etc. El hombre tenía la fuerza, pero era controlado por la autoridad del instinto femenino-materno.

Tratando del *consentimiento verbal*, éste es sin duda una especie de **regla natural** por la que más comúnmente se expresa el hombre. No obstante, hay dos puntos particularmente relevantes sobre los que merece un comentario acerca de su validez y eficacia jurídica.

El **primer** aspecto se refiere al hecho de que muy característicamente **no basta** el sólo acto de consentir verbalmente, sino que es necesario, en cualquier caso, darlo a conocer de modo **claro** en los términos de la teoría ecléctica<sup>747</sup> de la manifestación de la voluntad, **además** de, en determinadas situaciones y a menudo, presentar el autor pruebas acerca de la existencia y de los límites del asentimiento respectivo del titular del bien protegido. Ello posibilita que el Derecho penal pueda reconocer los efectos jurídicos que correspondan a esta autodeterminación humana y siempre atendiendo a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, cuando se den las exigencias estructurales para cada grupo de asentimiento.

Ante todo, significa que hay comportamientos socialmente muy **regulares** y a los que, por un **hábito** o incluso a causa de una **costumbre**<sup>748</sup> culturalmente arraigada, les basta la expresión oral del *consentimiento* sin formalidad contextual<sup>749</sup> para que produzca sus efectos normales de atipicidad (*ejemplo: uno que busca a un farmacéutico y le pide unas pastillas para curarse de un fuerte dolor de cabeza, advirtiéndole éste que podrá sentir algún mareo como efecto colateral del uso de la droga, lo que sucede*). No obstante, ello implica **también** que hay supuestos en los que de un determinado rango particular de formalismo depende la eficacia atípica del consentimiento verbal (*p.e.: alguien que durante una asamblea en un club autoriza ante los presentes a que uno de ellos narre un suceso pasado en contra el honor del respectivo otorgante*). Acaecen, incluso, claros sucesos en los que la eficacia del consentimiento está en manos del **formalismo verbal extremo** (*v.g.: alguien que autoriza a un estudiante de medicina a que le haga una operación de apendicitis, una vez informado dicho titular del bien acerca de la*

---

<sup>747</sup> Véase, p.e., el Capítulo III, ítem IV, 3).

<sup>748</sup> Solamente como un sencillo recuerdo (y quizás innecesario), el hábito constituye un comportamiento humano con reiteración de la conducta que le corresponde, aunque sin plantear un inequívoco carácter de garantía hacia el futuro (o de una especie de perpetuidad), lo que a su vez acaece con la costumbre, diferenciando a ambos.

<sup>749</sup> Es decir, que sin las exigencias verbales y materialmente coyunturales de la semántica explicativa, por ej., de un “consejero Acácio”. Ello, como un recuerdo a la inspiración lusitana y muy peculiar del inimitable EÇA DE QUEIROZ (véase a *Obras de Eça de Queiroz – Vol. I*, Porto/Portugal, Lello & Irmão Editores, 1958 pp 845 y ss).

*condición del autor de no ser médico y sobre los riesgos de su asentimiento, pero aún así lo permite verbalmente, ante la presencia de testigos confiables, pudiendo incluso tanto grabar como filmarse la concesión de la autorización, y esto ocurre en un hospital situado lejos de donde haya alguien que sepa escribir un consentimiento escrito y la espera de médico formado podría implicar daños a la salud del paciente, aunque sin tenerse la certeza de que serían irreversibles).*

El **segundo** aspecto se refiere a los casos en los que un *consentimiento* únicamente **verbal**, no obstante expresado bajo todas las cautelas posibles, aún así **no despliega** efectos de eficacia y sobre todo de atipicidad. Se trata de situaciones puntuales en las que la Ley (*CP – directa o indirectamente –, lex artis, ley específica*) exige, como imprescindible, la expresión **escrita** de la voluntad del titular del derecho para asegurar a dicha autorización validez y eficacia, a ejemplo, en condiciones de **normalidad contextual**, del asentimiento del paciente para las lesiones que resultarán de una intervención quirúrgica invasora. Digo en condiciones de “normalidad”, pues si el supuesto acaece **sin condiciones** para que el titular del bien pueda expresar su *consentimiento* escrito (*v.g.: uno que llega en un hospital con las manos amputadas y necesita una operación para quitar la hemorragia y sólo le resta la voz para manifestarse*), ha de ser jurídicamente **evaluada** la eficacia del consentimiento otorgado verbalmente, incluso valorándose la utilización de los elementos disponibles en ese momento para su comprobación futura por parte del autor (*en el caso de las manos amputadas, el propio registro en el histórico hospitalario del paciente es una fuente para evaluación*).

De otro modo, cuando se trata de un caso de estado de necesidad o incluso de ejercicio de un derecho, es además **dispensable** el asentimiento del titular del bien, sea escrito, verbal o meramente físico. Sin embargo, los efectos en estos circunstanciales son, legalmente y como máximo **justificantes**<sup>750</sup>, de conformidad con los

---

<sup>750</sup> Sin embargo, y como antes ya señalé, hay casos en los que, bajo el empleo de la teoría de la imputación objetiva, el estado de necesidad puede implicar resultados atípicos, siempre y cuando, de conformidad a las perspectivas de esta doctrina penal-liberal, desfiguren el concepto de delito ya desde tipo (ej.: un estudiante que está en el interior de una facultad y de pronto empieza un incendio, destruyendo dicho agente una puerta para que pueda huir del fuego y salvar a su vida). Sin embargo no sea parte esencial del tema central de esta investigación, en las situaciones en las que es posible demandar la responsabilidad civil del autor (*v.g., alguien que coge el coche de un tercero, con la finalidad de escapar de una inundación, destruyéndolo en la huida*), ello acaece a causa no *ex delictum* (que no hay) sino que del principio prohibitivo del enriquecimiento ilícito y de garantías fundamentales como la justicia, que conlleva la no legitimación del perjuicio del titular del bien personal sin que haya él mismo causado el suceso. Además, en las situaciones en las que en principio es posible responsabilizar civilmente al autor del hecho que haya actuado en el marco del estado de necesidad,

CPs en general<sup>751</sup>, lo que implica que, aún así, si media el *consentimiento auténtico*, actuando con natural **anterioridad** a la presencia de la justificante, sus efectos serán de atipicidad del comportamiento del autor.

Un oportuno recuerdo merece el supuesto de *consentimiento verbal* manifestado por tercero representante. En este caso, sea la persona el representante por **disposición legal expresa** del ordenamiento jurídico (*un hijo que representa a un padre inconsciente*) o sea él por **elección directa** del titular del derecho (*alguien que sale de viaje por un par de años y otorga poderes a un amigo para representarlo*), es siempre adecuado y cuidadoso que el *consentimiento verbal* expresado en nombre del titular del bien se haga testimoniado por personas idóneas (*como mínimo*), grabación y/o filmación. Ello representa **tanto** la preservación de derechos de dicho titular del bien menoscabado, que podría, en su caso, reclamarlos posteriormente (*incluso del representante, ya que alguien puede estar consintiendo en nombre de aquél externamente, aunque intentando obtener un provecho personal económico, vengativo, etc.*), **como** del propio representante-otorgante, el que no podrá ser responsabilizado por todo aquello que haya asentido legítima y legalmente.

El punto de vista del párrafo anterior, es decir, con respecto a las cautelas de comportamiento en general y procesales, a mi juicio se extiende con inequívoca naturalidad jurídica a los presupuestos en los que el titular del bien jurídicamente protegido **hace la elección de su representante también verbalmente**, sea por **libre deliberación** de su autodeterminación (*un tío que elige oralmente a un sobrino para que solamente éste, entre varios otros familiares, tenga el permiso para abrirle el cofre y sacarle el dinero cuando quiera*) o por **imposibilidad** de hacerlo de otro modo (*el propietario de una empresa, que necesita de pronto darse de alta en un importante negocio empresarial y donde se encuentra no puede enviar un documento de representación escrita para uno de auxiliares, hace por teléfono el otorgamiento de poder hasta que regrese a su empresa al día siguiente*).

---

se le asegura el derecho a la acción jurídica de regreso contra el que ocasionó el suceso que impulsó a aquél a dar causa al daño, aunque ésta sea una demanda característicamente para el ámbito del Derecho civil.

<sup>751</sup> Art. 20. 5º y .7º, del CPE; arts. 23, I y III (*2ª parte*) y 24 del CPB; §§ 34 y 35 del StGB (en Derecho penal alemán, recuerdo que el ejercicio de un derecho es reconocido y asegurado basándose en la armonía y lógica de su ordenamiento jurídico, como causas supraleales).

Ante todo, es **conclusivo** que un *consentimiento* verbal, siempre que sea la vía elegida o únicamente disponible, es conveniente oírlo ante testigos (*que sean confiables*), grabarlo o incluso filmarlo como aseguramiento de prueba, siempre y cuando sea posible<sup>752</sup>. No obstante, es patente que según nuestro comportamiento social y culturalmente regular, sería **ilógico** y extremadamente **inconveniente**, **impráctico** e **inoperante** (*en cierto modo injusto*) tener en cuenta la necesidad de formalizar todo y cualquier *consentimiento* verbal, lo que es tan obvio que no merece más comentarlo.

### 3) ESTRICTAMENTE MECÁNICO (FÍSICO O SOMÁTICO).

Por supuesto que hay situaciones en las que es el movimiento mecánico el que expresa con **suficiente certeza** la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido, sea porque así lo **elige** el que consiente (*un profesor de universidad que pide a otro compañero de Departamento que le abra la billetera y le saque unos cuantos euros del interior, mientras el propietario se limita a asentir con un discreto pero inequívoco movimiento positivo con su cabeza, cuando podría haberlo consentido, también de manera inmediata y usual, con la voz*) sea porque es esta la **única vía** disponible y/o adecuada para expresar su libre voluntad con eficacia en aquél determinado contexto (*alguien que llega a un sitio peligroso por la noche – amenazado por atracadores y donde se debe mantener absoluto silencio –, deseando pasar para poder seguir adelante y llegar a su casa, mientras un policía que está en guardia le pregunta con gestos, aunque con intención de mantener el silencio, si tiene gana de pasar aunque de ello se pueda derivar algún daño físico, contestando el titular del derecho con un gesto de una de sus manos que sí*).

Una manifestación libre del titular del derecho que no sea expresada de manera **escrita** y tampoco **verbal**, por exclusión material, lo es de forma **mecánica**, que es la tercera vía de *consentimiento* real. Ello, de modo imprescindible a través del **comportamiento** somáticamente indudable del titular del bien jurídicamente protegido por el Derecho penal hacia el desarrollo de su personalidad, lo que significa que despliega

---

<sup>752</sup> Es necesario valorar dicho consentimiento según su contexto, alejando planteamientos injustos y contrariamente al Estado de Derecho. En Derecho hay que comprender el *factum* dentro de su contexto existencial, garantizar su respectiva seguridad jurídica y distribuir la justicia con la celeridad apropiada; de otro modo ya no se estaría tratando de Derecho (a lo mejor de una muestra de anti-Derecho).

efectos de atipicidad en la conducta del autor dentro del marco de los límites de lo que le fue otorgado (*por ej.: una persona llega con su coche con el parabrisas delantero roto a una oficina mecánica y uno de los mecánicos le pregunta si desea cambiarlo por otro en perfectas condiciones, contestando el titular del derecho positivamente con un gesto físico cualquiera, como un movimiento de cabeza*).

La adecuada **valoración** de las pruebas sobre la existencia y los límites del consentimiento dado con un movimiento exclusivamente físico, de igual modo que en el caso del asentimiento verbal, para reconocerlo como jurídicamente válido y eficaz, **puede** hacer conveniente (*y a lo mejor determinante*) en ciertas ocasiones, por ej., la presencia de testigos o bien, para casos muy puntuales, una filmación (*un supuesto: el de un sordomudo, propietario de un caro inmueble, que domina la comunicación con señales y es una persona muy lista, pero no sabe escribir, y al que le pregunta un tercero amigo suyo si puede quedarse con el 50% de la venta del inmueble, cuyo dinero está al contado en su poder, contestando el titular del bien que sí, utilizando una gesticulación con la cabeza y con una de las manos; otra situación: la de un hombre que está sufriendo a causa de una gangrena en uno de sus brazos y se acerca un médico informándole que debe permitir la amputación del miembro respectivo con urgencia para preservar la vida. Como el miembro enfermo es el de su mano para firmar y no hay más tiempo que perder sin riesgos para la salud y quizás la vida del paciente, además de que éste ya no puede hablar en aquél momento debido a una grave infección aguda en sus cuerdas vocales, vinculada a la gangrena, el médico, ante algunos testigos, solicita a dicho paciente que conteste con un movimiento de cabeza, positiva o negativamente, y el paciente lo hace en el sentido vertical de arriba para abajo, es decir, que afirmativamente para la realización de la cirugía*).

En **cualquiera** de las formas de **consentimiento expreso** (*escrita, verbal, exclusivamente mecánica*), desde que ella pueda **claramente** expresar, y efectivamente lo haga, la libre manifestación de la voluntad humana capaz, como afirmación inequívoca de Derecho fundamental de conformidad a cada contexto existencial real, es decir, que no siempre exactamente ideal, sus efectos son en principio **equivalentes**, por una cuestión muy elemental de justicia. Así, la valoración de las distintas modalidades del **consentimiento**, dentro de la autenticidad de su capacidad de expresión contextual, hace **jurídicamente legítima** la absoluta posibilidad de caracterización de su reconocimiento



válido y eficaz para el ámbito jurídico-penal, implicando, en principio, idénticos efectos en todas ellas en el marco de la teoría dogmática del delito (causa de atipicidad para la corriente monista).

El *consentimiento auténtico* (y solamente él) despliega efectos dentro de la **tipicidad**, además de ser un ingenio jurídico genéricamente de extrema importancia, y posee un carácter de seguridad social y garantía jurídica necesariamente **democrático**, lo que no impone una forma rígida para su expresión, aunque lo haga en algunas situaciones, según el deseo legal del legislador penal, a veces de modo jurídicamente comprensible e incluso adecuado (*el caso de la necesidad de que el consentimiento, una vez informado el titular del bien jurídico, sea manifestado de forma expresa-escrita para los casos de cirugías transexuales, p.ej.*).

### III - **CONSENTIMIENTO INFORMADO (CIRCUNSTANCIAS MÁS DESTACADAS).**

Es oportuno plantear que el *consentimiento informado*, incluso desde luego también para su forma de expresión **verbal** como regla, constituye un tema particularmente **complejo** dentro del propio marco del *consentimiento* en general. Así, elegí enfocar esta cuestión como un apartado más con autonomía propia, en lugar de analizarlo dentro de otro cualquiera.

La perspectiva conceptual del *consentimiento* informado debe partir de que se trata del **asentimiento voluntario y consciente** de la persona titular del bien jurídicamente protegido (*o de su representante; y en este caso puede desplegar efectos atípicos o solamente justificantes*), expresado **libremente**, tras haber sido adecuadamente informada dicha otorgante sobre todos los pormenores de alguna relevancia involucrados en el contexto respectivo. Ello, siempre que la **Ley** lo exija o se **deduzca** de la lógica del ordenamiento jurídico o de las necesidades del caso concreto.

Al tratar del *consentimiento* informado, se debe tener en cuenta que, para los supuestos en los que se presenta necesario, representa un **inequívoco** mecanismo de aseguramiento y garantía de **Derechos fundamentales** del individuo, que exige la

información para que la voluntad sea expresada con absoluta **libertad** y **protección** de los intereses de la respectiva persona que se disponga a consentir. La información significa, en su caso, un amplio e indudable respeto a la **dignidad** humana hacia la conciencia al desarrollo y a la valoración positiva y justa de la personalidad **autodeterminada**, que son atributos inherentes y naturales a la condición de la persona.

La información, para la validez y eficacia del *consentimiento*, debe ser prestada **directamente** al titular del bien (*un paciente va a someterse a una cirugía de trasplante de corazón y, para autorizar la respectiva operación con eficacia jurídica, necesita enterarse personalmente acerca de todos sus detalles*) o, en su caso, a su **representante** (*una niña de 5 años va a salir en vacaciones con una excursión por un par de semanas y sus padres deben ser informados ampliamente sobre las condiciones reales del trayecto, sitio, habitaciones, compañías, etc., antes de asentir; un enajenado mental va a participar de una excursión con un grupo de personas con semejantes problemas y su representante legal debe ser informado respecto a las condiciones generales de la actividad*). Dicha información **normalmente** acaece bajo el cargo del autor (*sí, porque un médico, p.e., puede operar a un paciente bajo la responsabilidad en principio solidaria de otro profesional que le ha hecho su sustituto y garantizando absoluto éxito a la intervención invasora*). Puede prestar la información (*incluso debiendo hacerlo continuamente antes de cada nuevo consentimiento*) el propio técnico o su representante, pero siempre bajo la **responsabilidad** de aquél en cuanto a la suficiencia de los esclarecimientos de conformidad a las circunstancias en las que esté involucrado el suceso, lo que constituye un requisito muy puntual para la eficacia del *consentimiento* atípico.

Así, es muy obvio que no en todos los supuestos de asentimiento (*y ni siquiera a la mayoría de ellos*), sino en **determinados** grupos de casos, en los que tanto a su propia estructura específica se hace adecuado como a las conveniencias del legislador, característicamente en **protección** al individuo, pueden exigirla, se exige dicho requisito informativo, continuado y detallado necesariamente, de conformidad al contexto material y psicológico en el que va a ocurrir el suceso.

BARJA DE QUIROGA<sup>753</sup> recuerda que, además de la **imprescindible** necesidad de **libertad** y ausencia de vicios en la expresión de la voluntad humana con validez jurídico-penal, paralelamente a esto “se exige en ciertos ámbitos de actividad que el que consiente se encuentre perfectamente informado”. Y en estos casos pertenece al que actúa bajo *consentimiento* “el deber de informar al que consiente”.

La información representa un papel **fundamentalmente** importante en el ámbito de toda y cualquier intervención médica<sup>754</sup>, y con especial relevancia en las médico-quirúrgicas, a cuyo respecto me dedicaré complementariamente en el Capítulo V. No obstante, dicho **conocimiento** por parte del titular del bien (*o de su representante*) que va a consentir, y que presenta un aspecto de exigencia evidente en las situaciones de lesión corporal y de riesgo de lesión, trastorno físico en general o trastorno mental en el marco de la enfocada actividad médica<sup>755</sup>, sobremanera la quirúrgica o invasora en general, y de la psicología, **implica** deducir que un simple examen físico (*sea médico o no*) con palpamientos, el acto de sacar la sangre, un chequeo odontológico, necesitan de **información adecuada** al *consentimiento* del titular del bien, pues se trata de cualquier modo de invadir una privacidad muy **personal** que no puede alejar los intereses de su titular como prioritarios, incluso resultando (*para estos supuestos*) enteramente innecesaria cualquier autorización **escrita**, pues dichas actividades integran consentimientos triviales del cotidiano de una persona normal.

Se destaca, pues, la necesidad de la **información** en el marco de las lesiones médicas (*aun psiquiátricas y psicológicas*) y, además del contexto “Hipocrático”, se presenta como algo de importancia y en ciertos casos fundamental en otros sectores de la actividad humana, *verbigracia* en el **deportivo**, sobre todo a nivel de riesgo en ciertos casos (*el fútbol*<sup>756</sup>, *el kárate, el boxeo, el jiu-jitsu, la esgrima, etc.*) y de lesión en

---

<sup>753</sup> *El consentimiento en Derecho penal... cit.*, p 18.

<sup>754</sup> BARJA DE QUIROGA (*idem supra*), p.e., enfoca acerca de la información, que este “deber surge en el ámbito de las intervenciones médicas”, sobre todo.

<sup>755</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, en *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid/España, Civitas, 2001, p 381, recordando a ASUA BATARRITA, cita que “la exigencia del consentimiento informado como presupuesto de licitud de la intervención médica garantiza la tutela de la libertad de decisión del paciente”. Sobre el tema, con notable importancia y de manera general, véase además, v.g., a MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado’ - Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, pp 765 y ss); BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en Derecho penal... cit.*, pp 24 y ss).

<sup>756</sup> En el caso de los denominados deportes colectivos, y que implican el riesgo de lesiones derivadas de su práctica, el consentimiento del titular del bien jurídicamente protegido opera a menudo hacia un autor

algunos más (*campeonatos de combates físicos libres*). En el marco de los deportes hay situaciones tan populares, y cuyas reglas son indudablemente conocidas, que ya **no hace falta** una información detallada y ni siquiera la propia información específica, a ejemplo de lo que ocurre con el fútbol, que se presenta como un deporte con normas que son mundialmente conocidas, **aunque** esto por sí solo no aleje la necesidad de información y un subsiguiente *consentimiento* específico de sus practicantes bajo determinadas situaciones de elevado riesgo, como un partido en el que el equipo adversario ha amenazado con romper las piernas de algunos de los jugadores del otro equipo<sup>757</sup>. El **riesgo** en determinados deportes con respecto a jugadores profesionales “estrellas” es tanto que hoy por hoy es común la contratación de pólizas de seguro para piernas, brazos, etc., de algunos de sus practicantes más destacados y afortunados, como si fueran mercaderías en medio a un gran negocio empresarial. Así (*de regreso al Derecho penal*), hay situaciones tales en las que un *consentimiento informado* se torna tan adecuado como incluso **imprescindible**, aunque esté dentro del marco de una actividad que regularmente no lo exige.

La forma **verbal** de *consentimiento* informado es la más **práctica, objetiva** y **usual**, tanto para el que tiene el deber de informar como para el que tiene el derecho de consentir (*aparte, por supuesto, las excepciones que la ley contempla y la lógica convalida, exigiendo una manifestación escrita*), pese a que no signifique ser siempre la más segura. Sin embargo, añadido recordando que, dependiendo de las **circunstancias** de su manifestación, la expresión oral del *consentimiento* informado es igualmente segura a la escrita con sus formalidades más características (*la presencia de testigos confiables en el momento de su expresión y conocimiento, v.g., puede representar una cautela fundamental para muchas situaciones, así como una grabación, una filmación, un registro médico-hospitalario, una anotación funcional, etc.*), incluso porque posicionarse de este

---

individual incierto, ya que suele acaecer en grupo, aunque dicho autor lo conozca, incluso porque también ha consentido de su parte.

<sup>757</sup> Por oportuno, el tema de la violencia en el deporte, incluso bajo la perspectiva (a la que me uno) de que en determinadas situaciones el Derecho penal debe intervenir, la expresa, por todos, MORILLAS CUEVA (*‘Derecho Penal y Deporte’ – Revista Andaluza de Derecho Penal del Deporte... cit.*, pp 35 y ss, en fase publicación pero gentilmente cedida por dicho autor), cuando cita que “la lesión producida durante el juego o la competición puede tener diversas perspectivas, pero una de ellas necesariamente ha de ser su relación con el ámbito del derecho”. E prosigue, que “éste tiene que intervenir, en clave penal, cuando se trate de una conculcación de bienes jurídicos por él tutelados, como son la integridad física y la vida. Y concluye que “ello no quiere decir que en determinados casos no haya que dejar la sanción exclusivamente a la disciplina deportiva o incluso admitir la no punición, pero fundamentado en criterios dogmáticos de exclusión de la responsabilidad criminal”.

modo representa estar valorando las garantías del sistema abierto en el ámbito del Estado de Derecho humanista.

Sobre las **modalidades** de expresión del *consentimiento* informado, MORILLAS CUEVA<sup>758</sup>, tratando por ej. de los meandros complejos de la cuestión médica, cita a GALÁN CORTÉS<sup>759</sup> en el sentido de que el *consentimiento oral* es válido “en términos generales”, a pesar de que en ciertos “supuestos muy concretos” sea exigida “la forma escrita del consentimiento para su validez<sup>760</sup>”. Son ejemplos los casos de “donación y trasplantes de órganos o los ensayos clínicos sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación”.

Es evidente, por otra parte, que hay situaciones en las que la información que sería **tradicionalmente** imprescindible para la persona se torna algo jurídicamente **dispensable**, como mínimo en principio, o incluso convierten en **inaceptable** rehusar el consentimiento. Por ejemplo, cuando la información pueda, concretamente, amenazar el control preventivo de una grave epidemia (*alguien a quien se diagnostica un virus de fácil contagio y mortal {gripe aviar}, necesitando ser aislado para que reciba el tratamiento adecuado, sin embargo, si conoce la información con respecto a su estado de salud, no autorizará dicha actuación médica*). Son casos en los que, de manera **concomitante** a la cuestión básica de la información al *consentimiento*, ocurre un **conflicto** real de intereses, valores y/o Derechos fundamentales entre los pertenecientes al individuo y los relativos a

---

<sup>758</sup> *Aspectos penales del consentimiento informado* - Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit., pp 774 y 775 y n.p. 14.

<sup>759</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*... cit., pp 119 *in fine* y 120, expresa también muy didácticamente, sobre la forma de manifestación del consentimiento informado en el ámbito médico, que “Debe insistirse en la validez, en términos generales, de la forma oral, salvo en supuestos muy concretos, como en los casos de donación y trasplante de órganos o en los casos de ensayos clínicos sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación, en los que se exige la forma escrita del consentimiento”. En estos casos, específicamente, quien se somete a dichos “actos médicos” “arriesga su salud sin recibir beneficio alguno a cambio”, resultando que el binomio libertad-consciencia del consentimiento necesita estar absolutamente garantizado, incluso “sin que ello implique, en modo alguno, que el acuerdo de voluntades pierda su papel como motor de la celebración del contrato, por cuanto el legislador, si exige tal formalidad, lo hace, exclusivamente, para proteger y garantizar al máximo el respeto de la voluntad”.

<sup>760</sup> Contrariamente, como también recuerda MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado* - Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit., p 774 y n.p. 13), refiere BARJA DE QUIROGA. No obstante, en el caso de España, es esclarecedora la redacción específica y, a mi juicio, muy lógica del art. 8.2 de la LRAP, según la cual esclarece el maestro de Granada que “el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgo e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

la colectividad, resultando la conveniencia y necesidad de aplicar el principio de **proporcionalidad** y sacrificar alguno de ellos, con muy clara preponderancia a la supervivencia de los intereses sociales, es decir, de la mayoría ciudadana, resultando soportable al ordenamiento jurídico el sacrificio del derecho individual. Aquí también se dice que no siempre el sólo hecho de tratarse de un derecho colectivo implica justificar el sacrificio de un derecho individual, ya que éste se impone sobre aquél, cuando sea fundamental y el otro no o cuando el sacrificio del colectivo no lleve daño ni amenaza al medio social. De otro modo, estos supuestos se pueden solucionar jurídico-penalmente por la vía justificante del estado de necesidad o, en su caso, del ejercicio de un derecho.

El *consentimiento* del titular del bien jurídico-penalmente protegido es un **derecho** que le asegura el ordenamiento jurídico en general, con **base constitucional**, como expresión del Derecho fundamental de autodeterminarse libremente con dignidad hacia el desarrollo de la personalidad; la **información** del autor, a su vez, es un **deber**<sup>761</sup>, siempre y cuando lo establezca así el Derecho positivo o se deduzca de la armonía y lógica del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que a casos puntuales se refiere (*la cuestión de las intervenciones médico-quirúrgicas, de los tratamientos, p.e., en los cuales median las determinaciones de la lex artis y de normas variadas, a ejemplo da la LRAP en España*). En fin, informar detallada y, en su caso, progresivamente en estas circunstancias es una forma muy clara de **respetar** y **garantizar** Derechos inherentes a la persona, humanos, fundamentales.

---

<sup>761</sup> VELOSO DE FRANÇA, Genival, por ej., en *A perícia do erro médico* (disponible en internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/union/6478/periciaerro.html>), es contundente en cuanto a los deberes de la información: “integran dichos deberes todos los esclarecimientos necesarios y adecuados en el marco de la relación médico-paciente, los que sean considerados obligatorios e incondicionales, a ejemplo de la información acerca de la necesidad de ciertas conductas o intervenciones o sobre sus posibles consecuencias, ya que sólo entonces se puede obtener un consentimiento esclarecido, a través de un lenguaje apropiado e inteligible, además de información a los familiares, sobre todo cuando sean ellos los responsables legales; informaciones inequívocas y legibles apuntadas en los históricos hospitalarios; informaciones a otros técnicos que integren la asistencia a la persona”. El original en portugués: “Deveres de informação. Fazem parte desses deveres todos os esclarecimentos necessários e devidos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios, tais como: informação ao paciente sobre a necessidade de certas condutas ou intervenções ou sobre possíveis conseqüências, pois só assim é possível um consentimento esclarecido, obtido por meio de uma linguagem adequada e compreensível; informação aos familiares, principalmente quando eles são os responsáveis legais do paciente; informações claras e legíveis registradas nos prontuários; informações aos colegas que participam da mesma assistência ao doente”.

## 1. REQUISITOS.

Las exigencias sistemáticas para que el *consentimiento* jurídico-penal informado produzca efectos de validez y eficacia en el marco de la teoría jurídica del delito son **genéricamente** las mismas que afectan al asentimiento en general. Ellas, obviamente acrecidas por la **información** imprescindible, **necesariamente** prestada **ex ante** a la manifestación de asentimiento de la persona titular del derecho. Y todo, continuamente, siempre y cuando sea oportuno un nuevo consentimiento, en todos los casos que le correspondan.

Así, mereciendo destacar la cuestión del **esclarecimiento** bajo el punto de vista **temporal**, MORILLAS CUEVA<sup>762</sup>, por todos, con relieve a la situación de la actividad médica, que se presta como ejemplo general, refiere que “el consentimiento del paciente ha de ser prestado con anterioridad al acto médico y mantenerse durante todo el tratamiento”, además recordando que dicha otorga es “al mismo tiempo, y por su naturaleza, temporal y revocable”. Y **añade** este autor español sobre el tema: “lo que es evidente y claro es la necesidad, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, de la dualidad información-consentimiento del paciente<sup>763</sup>”. Ello, tampoco puede alejar otras hipótesis **puntuales**, a ejemplo de la mediación del *consentimiento* presunto (*que trataré en el ítem V de este Capítulo*) para los casos que le correspondan, como pone de manifiesto el mismo autor<sup>764</sup>.

Recuerdo que la **teoría** jurídico-penal de los requisitos del consentimiento (*genéricamente: capacidad, disponibilidad jurídico-penal del bien, manifestación clara del consentimiento y su reconocimiento externo, ausencia de vicios y otorga ex ante facto*), incluso con especial atención al asentimiento con discernimiento satisfactorio, está tratada con detalles básicos en el Capítulo III de esta Investigación.

---

<sup>762</sup> Aspectos penales del consentimiento informado' - Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit., p 773.

<sup>763</sup> *Idem supra*, p 775.

<sup>764</sup> *Ibidem*, con destaque a las pp 797/799.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza del *consentimiento informado*, por todo lo antes expuesto y según el entendimiento unificador a que me uno, significa una causa de **atipicidad**. Recuerdo todavía, para que se desplieguen los efectos de validez atípica de dicha otorga, sobre la necesidad de que medie **directamente** la voluntad del titular del bien en todo el contexto o, de otro modo, que su representante consienta de conformidad a lo que antes ya ha **recomendado** el titular del respectivo derecho de modo indudable, tras **conocer** la información adecuadamente (*un enfermo que necesita someterse a una cirugía de elevado riesgo para su vida y señala a su representante que, en caso de encontrarse inconsciente, debe ser autorizada la intervención médica y si muere solamente una parte de sus órganos debe ser donada, especificándolos*).

Para los supuestos en los que no actúe directamente la expresión inequívoca de la voluntad del afectado, como en el caso de la **representación** (*los padres consienten en nombre de sus hijos niños, un hermano otorga en lugar de otro enajenado mental a quien representa, el marido asiente en nombre de la esposa inconsciente, el representante elegido autoriza por el titular que se encuentra de viaje, etc.*), dicho consentimiento, aunque despliegue muy claramente sus efectos de ausencia de responsabilidad penal dentro de la teoría jurídica del delito, lo hace como una **causa** (*supralegal o no, a depender del ordenamiento jurídico prever o no la situación*) de **justificación**.

## IV - CONSENTIMIENTO TÁCITO.

Respecto al *consentimiento tácito*, sobre el que ilustres autores suelen tratarlo conceptual<sup>765</sup> y terminológicamente como **sinónimo** de la modalidad **presunta**<sup>766</sup>, mientras otros no se refieren<sup>767</sup> a dicho término, a mi juicio parece posible **distinguirlo del**

---

<sup>765</sup> Véase, p.e. y con críticas a la presunción del consentimiento, a SAIZ CANTERO, en *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – II...* cit., p 345.

<sup>766</sup> *Verbigracia*, véase a MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, en *Derecho Penal – Parte General...* cit., p 345.

<sup>767</sup> Por ej., COBO/QUINTANAR (*Instituciones de Derecho penal español – Parte General...* cit., p 160); COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 497 y ss); PÉREZ ALONSO (*Delitos de acción. La tipicidad (II)*) – *Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 466 y 467); JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General...* cit., pp 413 y ss); MAURACH/ZIPF (*Derecho penal – Parte general I...*



**presunto**. Ello, a partir de una perspectiva desde luego doctrinal y casuística, donde se distinguen sus estructuras, que bajo esta perspectiva sugestivamente no son las mismas.

La modalidad **tácita** de *consentimiento* trata de una manifestación psicológica **externa**, firme y efectivamente **libre** y satisfactoria de la **voluntad** del titular del bien jurídicamente protegido, sin que constituya una forma exactamente expresa de asentimiento del respectivo afectado, aunque se le acerque indudablemente como tal. Por el contrario se distancia el asentimiento tácito, tanto estructural como prácticamente, de la modalidad supuesta, hipotética o presunta.

En el consentimiento tácito, el propio titular del bien jurídico-penalmente bajo protección **conoce** todas las circunstancias en las que se ubica el hecho, y está preparado para consentir de manera expresa, aunque no manifieste externamente su autorización de manera expresa propiamente dicha, sino que lo hace a través de una expresión discreta, si bien satisfactoriamente **comprensible** para la capacidad humana mediana, a través de su comportamiento en general (*escrito, verbal o estrictamente somático*).

En el marco y por las características propias del *consentimiento tácito*, el autor **no lo presume** (*supone o imagina*) en el sentido del modo como decidiría el titular del bien protegido si realmente conociera (*o si pudiera*) aquel escenario por completo, a ejemplo de lo que señaladamente procede ante la modalidad presunta (*esto, por más objetivo y concreto que se presente el contexto en el que pueda estar involucrada*), **sino** que dicho sujeto activo **deduce como inequívoca** la autorización psicológica del titular del asentimiento de manera concreta. Y el autor no deduce el *consentimiento* tácito **solamente** a causa de la existencia de unas circunstancias objetivas y muy normalmente incluso materiales, sino también de un **comportamiento humano** complementario<sup>768</sup> e imprescindible del afectado indicando su asentimiento, aunque (*lo reitero*) no esté esta manifestación de acuerdo con las exigencias precisas de la modalidad expresa de

---

*cit.*, p 287); ARIEL DOTTI (*Curso de Direito Penal – Parte Geral... cit.*, p 403); FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal – Parte Geral – Tomo I... cit.*, pp 453 y ss).

<sup>768</sup> Así, aunque el consentimiento presunto esté basado en un contexto real, del que imagine el autor como se posicionaría el titular del bien, y desde entonces actuando en defensa de los intereses de éste o en su personal beneficio, en dicha modalidad presunta no media la expresión absoluta de la voluntad del afectado y todavía menos directamente. Es siempre una situación hipotética el caso presunto, por más concreto que se pueda presentar el contexto que se esté analizando.

*consentimiento*. Ello significa que para que pueda resultar la convicción de certeza del autor con respecto al *consentimiento* tácito del respectivo titular del bien protegido jurídicamente, es necesaria una acción u omisión de dicho afectado en el sentido directamente vinculado al hecho, de manera comprensible.

Utilizando más una síntesis semántica y distintiva entre el *consentimiento expreso*, el **tácito** y el **presunto**, merece aludir que el primero expresa de modo absolutamente inequívoco y determinado lo que consiente y en qué límites lo hace el titular del bien jurídico-penalmente protegido, mientras el segundo enseña lo que y cómo asiente el afectado, sin la claridad con que aquél es exteriorizado, pero de manera racionalmente comprensible, y el tercero hace presumir de qué manera consentiría el titular de este derecho si conociera la situación concretamente.

El *consentimiento tácito* es una **especie** de *consentimiento* expreso no absoluto. Son algunos ejemplos: **a)** uno llega a un hospital con una **espina** en la **garganta** y es informado por el médico de que necesita **quitársela** para la preservación de su salud. Tras conocer adecuadamente el procedimiento relativamente sencillo que va a ser empleado, el paciente a todo escucha sin decir una sola palabra o expresar un solo gesto, es decir, sin señalar expresamente si autoriza o no la rápida intervención, mientras **tampoco la impide** de ningún modo, manteniéndose claramente tranquilo y seguro, **aprobando** con su silencio cuando el profesional da inicio al procedimiento curativo y lo lleva a cabo. **b)** Un amigo pide **prestado el coche** de otro, su vecino, para **utilizarlo** durante toda la mañana siguiente, mientras éste se mantiene **callado** y nada contesta. Sin embargo, en la mañana del día mencionado y sobre el horario combinado, una vez conociendo los hábitos del titular del bien y seguro de que éste no necesitará utilizar el coche, aquél se dirige a la casa del amigo y se coloca con el automóvil en el garaje, aunque con la puerta del sitio **abierto** y las llaves en la **ignición**. **c)** Dos jóvenes dividen un mismo **piso** y tienen planes distintos para el día siguiente. Mientras uno de ellos pretende quedarse a descansar y estudiar en dicho sitio, el otro tiene un **examen** en la facultad y necesita estar ausente durante todo el día. No obstante, han perdido una de las dos llaves para entrar en el piso que tenían y el del examen pregunta al amigo si puede llevar consigo la única llave que resta, **encerrando** a éste en el piso hasta su regreso. Aunque no haya consentido, y tampoco se haya negado de cualquier manera el compañero que pretende quedarse en el piso, al día siguiente por la mañana, antes de

marcharse hacia la facultad y sin saber hasta aquel entonces lo que decidiría el otro, el joven de la oposición mira **colgada** la llave del piso y muy cerca una **cartita** deseándole que tenga una buena oposición. **d)** Un hombre portador del **virus** de SIDA y una mujer se enamoran. Él le da **conocer** a su pareja la enfermedad aún sin cura y no obstante empieza a acariciar y a besar su novia, a los pocos tocando su cuerpo y quitándole las ropas sin que ella **conteste**, manteniendo ambos una relación sexual **sin utilizar preservativo**. **e)** Un marido pide a su mujer una **pastilla** para curarle un **dolor de cabeza**. Ésta coge un analgésico pero advierte a aquél de que dicho medicamento lleva **caducado** un par de días, y no obstante guardando lo más absoluto silencio el hombre va a la cocina, coge un bazo con agua y espera en la habitación de la casa, siendo seguido por la mujer que le pone una de las pastillas en boca sin que él conteste. **f)** Alguien busca los servicios de **Internet** en un **locutorio**, pero encuentra un aviso en la puerta que permite el acceso al interior del predio: “sonría, usted va a ser filmado si pasa al interior de este sitio. En cualquier caso, y para expresar mejor su consentimiento estadísticamente, por favor informe a la dirección si está o no de acuerdo con dicho procedimiento”. Pese a la solicitud escrita y la consecuente consciencia de lo que ha leído, aquél simplemente entra en el local y hace uso de los equipos de su interés, realizando el pago al final y alejándose del lugar sin realizar **ningún** comentario.

Además, es elemental que aquí también un **representante** legal puede consentir **tácitamente** en lugar del titular directo del bien jurídicamente disponible, en los mismos términos del *consentimiento* en general. Es decir, tanto por elección del afectado como por determinación legal específica o judicial el consentimiento tácito jurídicamente adecuado del representante produce **efectos** en el marco de la teoría del delito. Recuerdo, todavía (*y lo reiteraré al tratar de la naturaleza jurídica*), que siempre y cuando un representante consiente de conformidad exacta a lo que ha recomendado el titular directo del derecho (*por supuesto comprobándolo*), los efectos de esta manifestación son **los mismos** que si hubiera consentido el propio afectado **directamente**; es decir, que son **atípicos**, al contrario de cuando el representante decide sin previsión anterior del afectado, lo que se presenta con efectos **justificantes**. Sí, una causa de atipicidad en la primera hipótesis, por que lo ha previsto el titular del bien y como tal la exacta expresión directa de su voluntad ha sido respetada y seguida, aunque tácitamente.

## 1. REQUISITOS.

Las **exigencias** para que la modalidad tácita de *consentimiento* produzca sus efectos jurídicos de validez y eficacia son las mismas que señalé en el Capítulo III<sup>769</sup>. El problema del consentimiento tácito reside, deduciblemente, en su **manifestación externa**.

Aunque no se exija idéntica pujanza, a ejemplo de la modalidad expresa de *consentimiento* auténtico (*que se constituye el eje de toda esta investigación*), es **imprescindible** que la manifestación tácita de la persona represente un comportamiento otorgante de manera inequívocamente **deducible** y jurídicamente **seguro**.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA.

La especie tácita de *consentimiento* es de manera muy **peculiar** un punto jurídico entre el *consentimiento* **expreso** y el **presunto**. No obstante, claramente se acerca dicha modalidad al patrón auténtico, es decir, al modelo expreso, lo que la hace actuar también dentro del tipo de comportamiento, sobre todo a causa muy notable de su propia estructura de **libertad autodeterminada** y **directamente** manifestada por el titular del bien protegido, significando así el alejamiento del interés penal y excluyendo la responsabilidad penal del autor muy evidentemente desde la propia **tipicidad**. Se trata de una especie tímida de consentimiento expreso, obviamente no significando exactamente lo mismo pero manteniendo su configuración **fundamentalmente** atípica, siempre y cuando el otorgante es el propio titular del bien o entonces su representante recomendado para que decida de aquel modo.

Esa forma tácita, muy sutilmente, pero inequívoca y dogmáticamente, se diferencia de la modalidad principal del *consentimiento* en general, aunque manteniendo casi todos los aspectos de ésta (*por ej.: la voluntad libre del titular del bien media*

---

<sup>769</sup> “Teoría jurídicopenal de los requisitos del consentimiento (especial atención al consentimiento con discernimiento satisfactorio).” Genéricamente, son: a) capacidad; b) disponibilidad jurídico-penal del bien; 3) expresión comprensible del consentimiento y su reconocimiento externo; 4) ausencia de vicios; y 5) consentimiento *ex ante facto*.

*directamente y el autor no necesita ponderar intereses ni valores*), y así, tampoco en ella siempre y cuando no medie **directamente** la voluntad libre del titular del bien, el efecto de este *consentimiento* acaecerá en el ámbito de la tipicidad, sino en el de la **justificación** o, en situaciones de errores, de la **exculpabilidad**.

Si el *consentimiento* se torna conocido tácitamente a través de la **intermediación** de la voluntad de un **representante** (*así también como en los casos de consentimiento expreso*), precisamente por faltar la mediación directa del afectado (*elemento de legitimidad auténtico*), el comportamiento típico-formal se completa y los efectos de dicha autorización se despliegan hacia la antijuridicidad, como una **justificante** legal o supralegal, dependiendo de cómo esté acogida por el ordenamiento jurídico-penal que le corresponde.

De otro modo, si el autor deduce la mediación del *consentimiento* tácito de manera **equivocada** y dicho error lo identifica el jurista con un elemento **esencial** del tipo penal, se estará ante un **error de tipo** y si se identifica con la ilicitud del comportamiento, con base normativa estaremos ante un error de **prohibición**. En cualquiera de estos casos actúa el error como una dirimente de criminalidad, alejando la culpabilidad, excepto cuando sea **vencible** dicho error, que se pune a nivel de **imprudencia**, cuando el tipo lo admita normativamente.

## **V - CONSENTIMIENTO PRESUNTO.**

El consentimiento presunto juega un papel concreto de **gran importancia** en el ámbito del Derecho penal, mereciendo destacar situaciones en las que una interferencia médica es adecuada para mantener la salud o la vida de una persona ante un caso, por ejemplo, de inconsciencia. Además, la **aplicación** jurídica del asentimiento presunto es muy amplia. El *consentimiento presunto*, significa la **suposición** por parte del autor acerca de la manera como “seguramente” **decidiría** (*consintiendo*) el titular del bien protegido (*o, en su caso, su representante*), de conformidad a una determinada situación concreta, si la **conociera** (*cuando está ausente*) y si a su respecto **pudiera manifestarse** (*cuando está inconsciente o, aunque la conozca, se encuentra ausente de modo que no se le puede localizar para manifestarse en el tiempo adecuado*). Es un

ejemplo característico, en cuanto a la **primera** hipótesis, alguien que se encuentra en un paseo por el campo y, al pasar frente a la vivienda de una hacienda, observa que su pared principal está para hundirse, de lo que resultará la destrucción de un coche nuevo que se encuentra aparcado en el garaje contiguo. Cuando percibe que no hay nadie en aquél sitio, tras llamar a alguien varias veces, el naturalista rompe una ventana y se adentra en ella, para enseguida también romper una de las puertas del coche y conducirlo hacia un lugar seguro. Del **segundo** supuesto, es ejemplo uno que recibe un fuerte golpe en su cabeza durante un accidente automovilístico y se queda inconsciente sin poder decidir hacia qué hospital lo trasladan, mientras un transeúnte que pasa por el lugar lo lleva al nosocomio más prójimo. Sobre la **tercera** situación, es puntual el ejemplo de una persona que, después de ser adecuadamente informada, va a decidir sobre si y cuándo consentirá que su hermano incapaz civilmente sea sometido a una intervención quirúrgica de cierta urgencia para quitarle una hemorragia interna en el estómago, causada por un carcinoma. No obstante, debido a la creciente pérdida de sangre, el paciente queda sin consciencia mientras no se consigue localizar al familiar y operan al incapaz sus médicos, presumiendo cómo decidiría<sup>770</sup> tanto dicho representante como el propio paciente si poseyera discernimiento. El asentimiento **presunto** tiene su propia importancia general como mecanismo de indiscutible garantía jurídica, mereciendo destacarlo, sobre todo, en el marco de actividad médica.

En dicha modalidad de *consentimiento*, el autor actúa seguro de que el titular del derecho le **consentiría** la práctica de la acción si **estuviera** allí o si **tuviera** condiciones para ello. Es siempre una actividad del autor bajo determinada suposición (*juicio o convicción hipotética*), aunque el contexto sugestivo del asentimiento se pueda demostrar concretamente, es decir, todavía sin la libre expresión de la voluntad del afectado (*su poder para autodeterminarse verdaderamente*). Ello **aleja** dicho mecanismo jurídico por completo del verdadero, real, efectivo *consentimiento*, más aún según está planteado en esta investigación, que considera la expresión **absolutamente libre** y **directa** de la voluntad del titular del derecho imprescindible para el desarrollo de su personalidad. Por tanto, y aún porque técnicamente implica de manera básica una **ponderación** de valores y/o intereses (*normalmente en beneficio del afectado, pero*

---

<sup>770</sup> En tales presupuestos de urgencia patente para preservación de la salud o de la propia vida, es común que, paralelamente a la incidencia presumida del consentimiento puedan los médicos actuar bajo la justificante del estado de necesidad, excepto cuando están seguros de que el paciente no pretendía autorizar la operación, pues la libertad y la dignidad de la persona son sobrepujantes.

también puede que del autor o incluso de un tercero), sus efectos (del consentimiento presunto) son de una causa justificante, jamás de un consentimiento auténtico, éste con la amplitud jurídica y política criminal de sus efectos atípicos.

Es oportuno recordar que todo **consentimiento presunto**, aunque actúe el autor en defensa patente de uno o más intereses directos del afectado o a él vinculado, es lógicamente **irrelevante**, siempre y cuando sea posible obtener en su lugar el consentimiento auténtico<sup>771</sup> del titular del derecho, y elija el sujeto activo no hacerlo, o bien cuando conoce dicho autor que la víctima no consentiría en tales circunstancias. Es simple: no se puede dar validez al **incierto**, y tampoco al **errado**, cuando es posible lograr el **cierto** jurídicamente. Ello hace recordar a CUELLO CONTRERAS<sup>772</sup> el “carácter subsidiario del consentimiento presunto<sup>773</sup>”, al escribir que “aún predominando el interés al que se sirve, no cabe acogerse al consentimiento presunto si pudo recabarse el consentimiento expreso o consta de alguna manera que el titular del bien no hubiera consentido expresamente”.

Para SAINZ CANTERO<sup>774</sup>, con algún extremismo, el consentimiento presunto está tan en **desacuerdo** con la forma expresa que le “parece arriesgada” la atribución de relevancia jurídico-penal a “esta clase de consentimiento”.

COBO/VIVES<sup>775</sup>, muy **concretamente** recuerdan al consentimiento presunto como el que “supone la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación”.

---

<sup>771</sup> ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 769) es puntual: “dado que el consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real (y no facilitar ponderaciones de intereses independientes de ello), sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real”. Y añade que “no hay ningún motivo para permitir el riesgo de que se interprete equívocamente la voluntad real del titular del bien jurídico, cuando sea posible preguntar a la persona en cuya esfera jurídica se va a intervenir”.

<sup>772</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, pp 740 y 741.

<sup>773</sup> V.g. ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 769), en el mismo marco, refiere a “la subsidiariedad del consentimiento presunto”.

<sup>774</sup> *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – II... cit.*, p 345.

<sup>775</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 499. Con la misma dirección, véase, p.e., a COBO/QUINTANAR en *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, p 160.

El entendimiento de MIR PUIG<sup>776</sup> acerca del *consentimiento* presumido sigue el entendimiento general, escribiendo este autor español que hay **situaciones** en las que “el titular de un bien jurídico determinado *no puede* manifestar su consentimiento, pero resulta seguro que *lo prestaría si pudiera*”, lo que es **común** que suceda “cuando el titular se halla *ausente o inconsciente*”. Y ahí, la tercera persona que “interviene” en los derechos del afectado “en la seguridad de que” aquél “lo consentiría si pudiera, obra amparado por el llamado **consentimiento presunto**”.

Señalan JESCHECK/WEIGEND<sup>777</sup> que ese es un tipo de *consentimiento* en el que las “circunstancias” pueden indicar que **sería** “prestado eficazmente”, siempre y cuando el titular del derecho “o, en su caso, su representante legal, no está localizable o está inconsciente”, como, v.g., ante la emergencia en un “tratamiento médico”.

El *consentimiento presunto*, como recuerda ROXIN<sup>778</sup>, además de una justificante (*contrariamente al consentimiento auténtico, que despliega efectos atípicos*), “es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad” y añadido que, sobre todo, fundamentalmente **constitucional**. En la forma hipotética de *consentimiento – prosigue y alerta el Catedrático de Munich –*, “coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios diferenciados, fija una ‘voluntad presunta’, que justifica la ingerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico”.

Sin embargo, es **fundamental** plantear que el *consentimiento presumido* juega un importante y a su modo amplio papel en el marco de la Ciencia penal. Es indudable que se trata de otro mecanismo disponible para la **seguridad** y **garantía** jurídico-penales en cuanto a las amplias variaciones y posibilidades existenciales de las relaciones humanas, que se presentan cambiando y perfeccionándose dentro de las sociedades civilizadas y, sobre todo, bajo los Estados sociales y democráticos de Derecho<sup>779</sup>. Ello (*el consentimiento presunto*), a menudo, es incluso **fundamental** para la

---

<sup>776</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 515.

<sup>777</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 413 y 414.

<sup>778</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 765.

<sup>779</sup> JESCHECK/WEIGEND (*Idem supra*, p 417), v.g., recuerdan más directamente la importancia del consentimiento presunto en el contexto de las “intervenciones médicas”. No obstante, el ámbito de actuación de la forma presunta de consentimiento, como he comentado y lo reiteraré, abarca variados contextos jurídico-



preservación de la propia vida, cuando el autor se conduce en defensa de **legítimos** intereses ajenos, salvo cuando, en casos muy puntuales, la voluntad libre del titular del bien sea inequívocamente conocida en sentido **contrario** al *consentimiento* y de forma válida y eficaz (*imagínese, verbigracia, un piloto que está determinado a hacer un vuelo en un avión muy antiguo y se marcha al campo de aviación para ello, aunque uno de los mecánicos percibe un fallo en el motor que causaría la caída de la aeronave algunos instantes después de su partida y, sin tiempo ni condiciones para localizar al aviador y comunicarle lo que pasa, el técnico lleva el avión para un almacén y se pone a arreglarlo, no dándose cuenta el piloto de dónde podría estar su vehículo, lo que le hace denunciar el hecho como un hurto; también, uno que llegue a un hospital necesitando una intervención quirúrgica urgente para evitar su muerte, aunque se encuentre inconsciente y no haya tiempo para intentar localizar a ninguno de sus familiares, lo que hace al médico actuar técnica y humanamente, operándolo – en ambos supuestos, antes de evaluar el amparo legal de su comportamiento bajo el estado de necesidad, dichos profesionales ya consideran con seguridad patente que el afectado consentiría si pudiera hacerlo*<sup>780</sup>, significando preliminarmente una ponderación de intereses justificada sus conductas,

---

penales, mereciendo la pena reproducir “los criterios para la determinación del consentimiento presunto”, estructurados con notable perspectiva por ROXIN (*Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 772/777 – “la actuación en interés ajeno” y “la actuación en interés propio”), y que son resumidos con excepcional metodología por CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal Español... cit.*, p 742), quien tampoco olvida breve y justa referencia a JESCHECK (n.p. 56): “a) cuando se actúa en interés del titular del bien jurídico que se destruye: 1) y se trata de una decisión predominantemente material (disponibilidad sobre cosas), tendrá preferencia lo que mejor satisfaga los intereses del titular, salvo que conste su voluntad en contrario (*ejemplo*: el vecino presume el consentimiento del titular de la morada ausente en que guarde los muebles del jardín cuando ha comenzado a llover, salvo que supiese que quería dejarlos allí para comprobar su resistencia a la lluvia); en cambio: 2) si se trata de decisiones altamente personales, la conclusión es justamente la contraria: presumir la ausencia del consentimiento salvo evidencia de lo contrario (*ejemplo*: el vecino debe partir de la voluntad de que nadie quiere que le abran la correspondencia recibid urgentemente, salvo que conste lo contrario, p. ej., que el ausente le ha dicho en otras ocasiones que le abra la correspondencia urgente); lo que, a su vez, vuelve a cambiar: 3) cuando se trata de decisiones personales decisivamente existenciales, como p.ej. una operación a vidas o muerte, en cuyo caso debe presumirse el consentimiento (salvo que conste la voluntad *expresa y concreta* anterior en contra) a favor de la intervención, aún en casos en que anteriormente, en otras ocasiones o coloquialmente (por pertenecer, p. ej., a una secta determinada) haya expresado lo contrario. Con ello no sólo se garantiza lo que es una decisión que sólo puede evaluarse cuando se produce de hecho, como dice ROXIN, sino que, además, se garantiza el respeto en los casos en que sí medió una voluntad expresa y concreta en contra. b) Cuando se actúa en interés propio debe partirse de la premisa de que no existe un consentimiento presunto, salvo que concurran evidencias de lo contrario (*ejemplo*: nadie puede partir de la premisa de que el dueño de un fundo está regalando la fruta caída en su ausencia a quienquiera que pase por allí, ni que en caso de complacencia frente a su vecino, a utilizar sus cosas en su ausencia, llegue a autorizarle a tomar el dinero que hay en la casa, aunque sea con el propósito de devolverlo más adelante”.

<sup>780</sup> Ello hace recordar a CUELLO CONTRERAS (*Idem supra*, p 741), cuando escribe que “me perjudicaría que el médico no decidiera (o tuviera miedo de hacerlo) intervenirme quirúrgicamente si estoy inconsciente”.

además, en el caso del paciente, de complementariamente estar de conformidad con la *lex artis*).

## 1. REQUISITOS.

Con respecto a los requisitos estructurales, que permiten al *consentimiento* presunto poder **desplegar** sus efectos de validez y eficacia en el ámbito de la teoría sistemática del delito, ellos son **básicamente** los mismos exigidos para el consentimiento auténtico, aunque su configuración merezca algunas consideraciones complementarias. De ese modo y de manera general, aun para dicha forma hipotética sirven dogmáticamente los comentarios que aporté en el antes enfocado Capítulo III<sup>781</sup>.

Lo más **significativo** y **distintivo** en esta modalidad de consentimiento presunto, lo recuerdo, está en la manera de comprenderla, es decir, como elaboración normativa sin la mediación **directa** de la voluntad autodeterminada del titular del bien jurídico-penalmente disponible, lo que implica que hay casos indubitables en los que el autor actúa contra la voluntad del afectado – *lo que no acaece estructuralmente con el consentimiento auténtico* –, pero aún así bajo la **justificante** (*uno que tiene una perrita y la pone libre por las calles, porque quiere poner a prueba su adiestramiento para ir de un determinado sitio a otro, y no obstante un vecino la coge cuando se marcha al trabajo por la mañana, seguro de que estaba perdida, entregándola al propietario por la noche, al regresar*).

JESCHECK/WEIGEND<sup>782</sup> **aseveran** que, aparte de la cuestión obvia de que el *consentimiento* presunto constituye una justificante en la que median conflictos de bienes e intereses internos y renuncia a intereses, de lo que resulta su ponderación hacia la resolución más probable y sin alejar casos puntuales donde considerar la posibilidad del riesgo permitido, “por lo demás, en el consentimiento presunto deben cumplirse los **mismos requisitos** que serían exigidos para la eficacia del consentimiento real”.

---

<sup>781</sup> Recuerdo que trata de la teoría jurídico-penal de los requisitos del consentimiento, con una especial atención a los supuestos de consentimiento con discernimiento satisfactorio, que abarca la capacidad, la disponibilidad jurídico-penal del bien, la expresión comprensible del consentimiento y su reconocimiento externo, la ausencia de vicios y que el asentimiento sea conocido ex ante facto (en el caso del consentimiento, que la convicción del autor ocurra en dicho tiempo).

<sup>782</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 413/417.

Desde luego, según la postura de una parte **fundamental** de la doctrina alemana (p.e., SCHMIDHÄUSER, MAURACH/ZIPF, ROXIN, LENCKNER), con la que estoy de acuerdo (“*bajo el ejercicio de mi discernimiento satisfactorio*”), también JESCHECK/WEIGEND<sup>783</sup>, aludiendo al problema de las **buenas costumbres**, citan que “no es importante si el consentimiento presunto atenta por si mismo a las buenas costumbres”, ya que un determinado **riesgo** está siempre “anudado” a la “presunción acerca de la decisión de otro”, lo que hace que el autor pueda llevar a cabo la intervención en la esfera jurídica ajena”, aunque deba analizar “detenidamente las circunstancias”.

Sobre las exigencias para la eficacia del *consentimiento presunto*, MIR PUIG<sup>784</sup> alude **taxativamente** que una vez concurra “la suficiente probabilidad *ex ante* conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son *servata distantia* los mismos” del consentimiento real.

## 1.1 CAPACIDAD.

El titular del bien jurídicamente protegido, sobre el que se determina el autor en actuar, debe tener la capacidad general de raciocinio **compatible** con el grado de *consentimiento* que exige la situación que le corresponde, como si fuera un *consentimiento* auténtico. No obstante, si se trata de un menor o de un enajenado mental, entonces dicho autor deberá basarse en cómo decidiría su **representante**<sup>785</sup>.

No obstante, si, por ej., el **propietario** de un barco lo pone con el motor en funcionamiento para testar su resistencia y se ausenta durante un par de horas, dejando escrito en una placa visible a todos que por allí pasen que nadie lo toque, y, debido a un fuerte olor de óleo y una cantidad de humo que salía del barco, no previstos en el aviso, un **peatón** que pasa por el sitio entra en el barco y apaga su motor, en este supuesto, ¿se considera **seguro** que el titular del bien **cambiaría** su voluntad y consentiría? A mi juicio **sí**, a causa del evento racionalmente inesperado y concretamente amenazador o ya

---

<sup>783</sup> *Idem supra*, p 417.

<sup>784</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 509, final.

<sup>785</sup> De este modo, véase a JESCHECK/WEIGEND (*Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 417), los que además apuntan a ROXIN (n.p.103) con el mismo entendimiento.

dañoso contra el bien y los intereses del propietario, estructurando perfectamente el carácter de seguridad de la hipótesis del asentimiento, pues el autor no puede basarse en criterios teórico-sujetivos de una hipotética voluntad destructiva del titular del derecho para fundamentar su posición que debe expresar una base objetiva y concreta.

## 1.2 BIEN JURÍDICO DISPONIBLE.

Los bienes jurídico-penalmente disponibles, es decir, los de carácter **personal** o **individual**, constituyen un requisito básico para el despliegue del *consentimiento* presunto, y consecuentemente conforman el ámbito para su aplicación patrón, así como para el *consentimiento* expreso y el tácito. Con respecto a los bienes disponibles, el autor no puede actuar de cualquier modo lícitamente si no cuenta con el *consentimiento* del titular del bien o con su **presunción**, ya que podría estar muy seguramente en contra de la voluntad libre para autodeterminarse del afectado.

Además, cuando se trata de una situación en la que esté involucrado un bien personal, inicialmente indisponible (*p.e., cuando uno salva la vida de otro en un incendio o durante un tiroteo*), el comportamiento del autor, ante la **falta** de la manifestación expresa, tácita o de la **presunción** del *consentimiento* – *que deben tener siempre primacía sobre el análisis de otras causas de exención de responsabilidad penal* –, puede acudirse de alguna (*o incluso de más de una para el mismo supuesto*) de las justificantes legales disponibles (*estado de necesidad, cumplimiento de un deber, legítima defensa de tercera persona*), dependiendo del contexto.

## 1.3 AUSENCIA DE VICIOS.

Las consideraciones sobre los **vicios** del *consentimiento* en general a las que me referí en el Capítulo III (*requisitos del consentimiento*), ítem V, **son las mismas** para su forma irreal. Es decir, que un *consentimiento* presumido que esté mediado por **engaño**, **coacción** o **error** invencibles, es **irrelevante**, y por consiguiente no produce efecto alguno de validez y eficacia jurídico-penales en el ámbito de la teoría del delito.

#### 1.4                    **PROBABILIDAD EX ANTE FACTO.**

Es imperioso que el autor esté seguro del *consentimiento* presunto del afectado, **antes** de proceder a la realización del hecho, para que produzca dicho mecanismo jurídico sus efectos justificantes. Ello, significa que es **imprescindible** el convencimiento del sujeto activo de que el afectado, si estuviera en el lugar del suceso y pudiera expresarse, estaría consintiendo anteriormente al comienzo de la respectiva acción, pues una autorización futura no representa más que un perdón o, en su caso, una renuncia. Sería inseguro e ilógico jurídico-penalmente que un consentimiento particular y efectivamente futuro pudiera regresar en el tiempo para dar eficacia a un acto infractor cualquiera, siendo además adecuado imaginarse el poder que pasarían a tener las personas en general, incluso para hacer de este instituto penal una especie de **buen negocio**.

La “esperanza de una aprobación posterior”, como citan JESCHECK/WEIGEND<sup>786</sup>, reproduciendo el entendimiento científico **obviamente mayoritario**, a causa de su extrema racionalidad jurídica, constituye algo enteramente “irrelevante”.

MIR PUIG<sup>787</sup> es taxativo en cuanto al **requisito** de la segura presunción anterior al hecho, señalando que la “**probabilidad ex ante** de que el titular consentiría” se presenta decisiva “para la eficacia eximente del consentimiento presunto”. Y añade que la presunción del asentimiento *ex ante facto* eximirá la responsabilidad penal del autor, “aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención”.

Para otros comentarios acerca de la **necesidad** de consentimiento **ex ante facto**, véase el ítem VI del Capítulo III de esta investigación, aplicables (*mutatis mutandis*) para la situación dogmática del *consentimiento* presunto.

---

<sup>786</sup> *Idem supra*.

<sup>787</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 509, *in fine*.

## 1.5 RECONOCIMIENTO EXTERNO DE LA PROBABILIDAD Y EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.

La **necesidad** de reconocimiento externo del *consentimiento presunto* por parte del autor, de algún modo **inequívocamente** expresado (*teoría ecléctica o mediadora*) como probabilidad segura en el contexto real sobre el que va a actuar, es otro de los requisitos para la validez y eficacia de esta modalidad de asentimiento. Así, el ejemplo y los comentarios, con respecto a las exigencias en general para la eficacia jurídico-penal del *consentimiento* auténtico (*Capítulo III*), **igualmente** sirven para los casos de asentimiento de fundamento hipotético, aunque, como para todos los demás requisitos, sea básica la consciencia de que **aquél** se trata de una causa de atipicidad (*primordialmente, ostenta la manifestación directa de la voluntad libre del titular del bien jurídicamente protegido*), mientras **éste** es una causa justificante (*inicialmente, se presume, ponderando valores e intereses, aunque con base en criterios, sí, lo que y cómo consentiría el afectado*), implicando, en todo caso, que el determinante dicho reconocimiento externo del autor por supuesto debe guardar **reservas** y **adecuación** lógica a esta distinción estructural, es decir, más en síntesis, que uno lo **expresa** el titular y otro se supone que lo **expresaría** el titular.

Señaladamente, ROXIN<sup>788</sup> recuerda que, bajo la perspectiva **sistemática**, “el consentimiento presunto se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad, pero afirma su autonomía frente a ambos”.

A su modo, JAKOBS<sup>789</sup> **señala** que se trata de una “variante tanto del consentimiento como del estado de necesidad justificante” la causa de justificación “de la salvaguarda de intereses del lesionado”.

**En cuanto** a su distinción con el **estado de necesidad** justificante, la valoración jurídica sobre la presencia, validez y eficacia del *consentimiento presunto* en el escenario dogmático-penal antecede secuencialmente al análisis de la justificación legal por aquél, lo que significa que, una vez produzca sus efectos la modalidad de consentimiento presunto, se torna deduciblemente **innecesario** evaluar si incide o no

---

<sup>788</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 765.

<sup>789</sup> *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 542.

dicho estado de necesidad, aunque jurídicamente nada impida que se puedan reconocer los dos<sup>790</sup> (*primeramente el consentimiento presunto y después el estado de necesidad*). El consentimiento presunto, que obviamente no constituye una certeza, sino una **probabilidad segura** de certeza por parte del autor, trata de la **evaluación** de una manifestación de asentimiento libre de la voluntad de un determinado individuo con intereses y/o valores (*bienes en general*) afectados, que **estaría** siendo expresada en aquel momento y circunstancias si estuviera o pudiera estar allí para consentir dicha persona, mientras el **estado de necesidad** significa las conclusiones de una **ponderación** de intereses y/o valores que, dogmáticamente, es independiente de la posibilidad de cualquier consentimiento del afectado<sup>791</sup>, y **por lo tanto**, el **consentimiento presunto** ostenta la **primacía**, ya que valora con clara nitidez jurídica, no solamente el bien (*integridad física, libertad, vida, patrimonio, etc.*) de manera un tanto aislada, sino la superioridad de la dignidad y de la autodeterminación humanas hacia su desarrollo y de cualquier modo en el escenario respectivo.

Además, en el **consentimiento presunto** el autor no podrá actuar con relevancia jurídica si conoce la voluntad contraria del afectado o incluso si de ella desconfía. A su vez, en determinados presupuestos se puede considerar la validez del **estado de necesidad** contra la **supuesta** voluntad del titular del derecho (*v.g., alguien que llega desmayado en un hospital y necesita una cirugía de urgencia con transfusión de sangre para salvarle la vida, y aunque debe suponerse que la autorizaría si estuviera él con el dominio de su capacidad mental para decidir, se trata de un testigo de Jehová, pero el médico opera al paciente valorando el estado de necesidad, al considerar que el solo aspecto religioso, sin que de ningún modo haya confirmado la negativa el paciente, no basta para cohibir su actuación*); puede incluso que ocurra dicha situación justificante del estado de necesidad bajo un **consentimiento** del afectado que se sepa **expresamente** contrario a la previsión natural (*p.e.: un paciente que se queda tetraplégico en una cama*

---

<sup>790</sup> El mismo raciocinio debe valer para supuestos en los que el **consentimiento** presunto divide su espacio jurídico con, p.e., el cumplimiento de un deber (*ej.: alguien que se está hundiendo en un río y un bombero llamado por un tercero le salva la vida – aquí, concurre además el estado de necesidad*), o con el ejercicio de un derecho (*uno que llega con retraso a una caja de ahorros para hacer un ingreso que le es importante y el director le permite realizarlo, cuando hay otros clientes a los que no se lo ha permitido*).

<sup>791</sup> Sin que pretenda ser insistente y tampoco redundante, solamente me permito recordar que lógicamente el estado de necesidad, bajo un verdadero universo de supuestos, puede ser utilizado por el propio afectado en defensa de sus intereses (*ej.: el inolvidable caso de alguien que es afectado por una inundación y, para salvarse de daños físicos o de la muerte cierta, coge un coche de un desconocido y huye del lugar del siniestro*).

*ya lleva 30 años y que pide autorización a la justicia para morir, aunque mientras lo deciden jurídicamente sufre un infarto, necesitando urgentes cuidados de su médico que, pese a conocer la intención determinada del afectado de quitarse la vida, no accede a su voluntad y le restablece las condiciones de supervivencia, aguardando la decisión judicial sobre el caso).*

No obstante, la forma **presunta** de *consentimiento* acaece con menos rigor estructural (*no exige la misma licitud y tampoco constituye normalmente un derecho subjetivo en sentido técnico*) que el **estado de necesidad**, teniendo como base no el derecho de actuar del autor, sino la libertad del afectado para consentir sobre bienes jurídicos disponibles, lo que implica, finalmente, que el estado de necesidad esté sujeto a reglas jurídicas distintas.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA.

La **naturaleza jurídica** es causa de conflictos sistemáticos en el ámbito del *consentimiento*, especialmente en el de su forma **presunta**, que, debido a la estructura en que está involucrada, tampoco para mí se presenta en absoluto como un consentimiento auténtico. Básicamente por la falta la mediación de la voluntad libremente expresada – y *de manera directa* – por parte del titular del bien protegido jurídico-penalmente. En una síntesis muy puntual, en el marco del *consentimiento* presumido interviene una ponderación de intereses y/o valores por parte del autor (*en beneficio del afectado, más comúnmente, o en el suyo propio*), en el sentido de cómo decidiría el afectado si conociera y/o si pudiera decidir en aquél contexto, lo que ya caracteriza sus efectos en el ámbito de la teoría del delito no dentro del primero de sus elementos conceptuales (*la tipicidad*), sino del segundo de ellos, como una causa supralegal o legal de **justificación**, por supuesto dependiendo del modo como lo acoja cada ordenamiento jurídico-penal, aunque hoy día no esté ubicado formalmente en la mayoría de los Códigos Penales (*véase, p.e., a los de España, Alemania, Brasil*). El *consentimiento presunto* es una de las **excepciones** a la teoría unitaria hacia el conjunto del *consentimiento* como causa evidente de atipicidad; se trata de un mecanismo jurídicamente real pero de expresión de un asentimiento irreal, digo mejor, **indubitablemente** no expreso del afectado.



Fundamentalmente hay **tres perspectivas** distintas sobre la naturaleza jurídico-dogmática del *consentimiento presunto*: una, que sugiere incluso **negarle** efectos justificantes (p.e., COBO/QUINTANAR); otra, que lo enseña como una causa de **exclusión del injusto penal** (v.g., CUELLO CONTRERAS); y una tercera, que lo apunta como causa de **atipicidad**, a similitud de la eficacia del *consentimiento* auténtico (por ej., POLAINO-ORTS).

COBO/QUINTANAR<sup>792</sup>, bajo inteligentes argumentos, escriben que, en su opinión, el *consentimiento* presunto es algo **tan sin caracterización** en términos de expresión de la voluntad auténtica del titular del derecho, que ni siquiera “puede operar como fundamento justificativo de una acción”. Ello, porque tratándose de una “presunción de consentimiento”, significa un “juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación, por ello mismo no es un real consentimiento”. Además, bajo la perspectiva de COBO/VIVES<sup>793</sup>, en el caso de la **presunción** la falta “de consentimiento hace problemático el fundamento de la justificación por consentimiento presunto, pues, ciertamente, no puede hallarse tal fundamento en la transferencia de derechos operada por la voluntad del titular”. Así, que dichos COBO/VIVES<sup>794</sup> parecen sugerir la posibilidad de un **análisis** de la presunción de *consentimiento* no “como causa de justificación, sino como causa de inculpabilidad”.

CUELLO CONTRERAS<sup>795</sup>, de modo muy claro y diligente, asegura que distinto del **verdadero consentimiento** – *el expreso* –, que significa una causa de atipicidad (y en este sentido recuerda también aquí a BACIGALUPO, ROXIN, ESER/BURKHARDT, JAKOBS<sup>796</sup>), esta modalidad **presunta** “se trata de una causa de justificación<sup>797</sup>”. En ella, no solamente actúa el autor de conformidad a una “voluntad

---

<sup>792</sup> *Instituciones de Derecho penal español – Parte general... cit.*, 160. Antes, véase a COBO/VIVES, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 498, donde afirman que la forma presunta de consentimiento “es, más bien, una ficción que opera sin que exista un auténtico consentimiento del ofendido”.

<sup>793</sup> *Idem supra*, p 499.

<sup>794</sup> *Ibidem*, p 500.

<sup>795</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 740.

<sup>796</sup> *Idem supra*, n.p. 50.

<sup>797</sup> A ese respecto, es decir, de la naturaleza jurídica justificante del consentimiento presunto, merece ser reproducido complementariamente el entendimiento puntual de PÉREZ ALONSO (*Delitos de acción. La tipicidad (II)* – *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 466 y 467), en el sentido de que cuando falta del afectado su consentimiento de modo expreso, no obstante, en los supuestos “en los que la acción ha sido realizada en interés del mismo, lo que hace presumir que, de haber conocido la situación, éste hubiese consentido en la lesión del bien jurídico (consentimiento presunto), sólo pueden constituir el presupuesto de una causa de justificación”. Ello, ya “que la falta de consentimiento real impide la exclusión de la tipicidad”.

(presunta)” del titular del bien, sino que también el sujeto ha “de ponderar el fin con el que destruye el bien jurídico”, además del “interés a que ello sirva”, citando el ejemplo ya clásico de las consideraciones del que allana “la morada del vecino ausente para evitar su inundación”.

POLAINO-ORTS<sup>798</sup>, de modo contrario a la perspectiva de esta investigación, considera de manera más **generalizadora** los efectos dogmáticos del consentimiento en forma de conjunto **atípico**, incluyendo en él la modalidad presunta: “a mi juicio, el consentimiento presunto constituye un supuesto especial de representación necesaria y tiene, como toda figura de consentimiento jurídicopenalmente válido y eficaz, el efecto de causa de atipicidad”.

Así, reitero que, por ser un *consentimiento* no expreso, a partir de su evidente base **hipotética** (*indudablemente, en esta especie de asentimiento, resta siempre una interrogante: ¿cómo se portaría exactamente el titular del derecho, expresando su voluntad libre, si conociera adecuadamente la situación real y pudiera con respecto a ella expresarse?*), y resultando la actuación del autor a partir de una **ponderación** de intereses y/o valores (*una característica estructural y fundamental de las circunstancias justificantes en general*), esta modalidad de consentimiento despliega sus efectos, en el ámbito de la teoría jurídica del delito, como máximo a nivel de una causa legal<sup>799</sup> o suprallegal de **justificación**. Es patente que, por más que pueda parecer seguro qué consentiría y en qué límites lo haría el titular (*ausente o impedido*) del bien jurídicamente protegido, no es (y *jamás será*) lo mismo que cuando **consiente directamente**, o por representante orientado a consentir de una determinada forma, con base únicamente en la expresión libre de su **autodeterminación** – *es decir, que*

---

A continuación aún me permito citar a MAURAH/ZIPF (*Derecho penal – Parte general 1... cit.*, p 286), cuando aseguran ser “indudable que el consentimiento presunto no puede tener el efecto de excluir la tipicidad, ya que en esta situación no ha existido una renuncia del bien jurídico por parte de su titular. De esta manera, suponiendo que pueda reconocerse su existencia separada, sólo cabe considerar al consentimiento presunto como causa de justificación”. Y añaden muy oportunamente dichos juristas alemanes que, “por lo demás, la necesidad y los límites de éste son objetos de grandes discusiones”.

<sup>798</sup> “*Volenti non fit iniuria?* – *Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal*... cit, p 237.

<sup>799</sup> Véase, p.e., al CPPo (art. 39º, 1 y 2), que considera la modalidad presunta de consentimiento como una causa legal de justificación. Más allá, y reiterando mi perspectiva monista, aunque el Derecho penal portugués menciona al consentimiento expreso entre las causas de justificación, recuerdo que no hay impedimento jurídico en considerarlo una causa de atipicidad del comportamiento humano. Sobre este aspecto, antes, léase el ítem 4.7 (“El empleo de la teoría monista con respecto a referencias formales de *consentimiento* justificante, en realidad sólo aparentes en el marco del Derecho penal”) del Capítulo II.

*puntualmente un asentimiento presumido significa una forma estructuralmente distinta del consentimiento auténtico –.*

Las causas de **justificación**, muy obviamente no necesitan estructurarse por un asentimiento (*y aún menos directo*) del titular del bien protegido como requisito para que desplieguen sus efectos en el marco de la teoría jurídica del delito. **Redundantemente**, al *consentimiento* presumido o supuesto le falta el requisito fundamental de la expresión directa y libre de la voluntad del titular del derecho, de otro modo **incumbiendo** al autor ponderar si aquél autorizaría o no (*considerando “una voluntad racionalmente dirigida<sup>800</sup>”*) el sacrificio del bien dentro de su esfera de dominio, a partir de la situación factual y objetiva presente, es decir, evaluando de esta manera los motivos para amenazar o lesionar el bien jurídicamente protegido del tercero y sus efectos positivos o no, **alejándose** del contexto auténtico del *consentimiento*.

La decisión del autor entre lo que es **mejor** y lo que es **peor** para el titular del derecho, y a veces para él mismo y hasta para una tercera persona (*coger un fruto de un árbol para donarlo a alguien que sabe que está hambriento, antes que dicho fruto quede incomedible, presumiendo que el propietario de la amplia plantación lo consentiría*), **suponiendo** como decidiría aquél en defensa de sus propios intereses, y aunque lo haga bajo un contexto, ello todavía implica que factores de orden subjetivo pueden estar presentes en la elección (*o juicio de hecho*) de dicho autor, incluso de manera casuísticamente disfrazada, lo que representa una cierta **temeridad** en cuanto a pretender equiparar este instrumento a un *consentimiento* auténtico, real, es decir, a una causa de atipicidad. Sólo el propio titular del derecho es el que puede decidir sobre lo que es más adecuado al desarrollo de su personalidad.

Enfocando el *consentimiento presunto*, al tratar de casos médicos de extrema urgencia, MORILLAS CUEVA<sup>801</sup> afirma su convicción sobre la naturaleza **justificante** con respecto a, por lo menos, “la mayoría de los supuestos”. Y añade recordando también a ROXIN, que “a diferencia del consentimiento, que en su concepción excluye el tipo, el consentimiento presunto es una causa de justificación pues quien lo invoca se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo... en los bienes

---

<sup>800</sup> COBO/VIVES, v.g., lo recuerdan *ipsis literas en Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 499.

jurídicos de otro, y sólo está justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo”. Complementa el primero de los autores citados que de la **objetividad** del hecho sobre la que ha actuado el autor “se fija en consecuencia `una voluntad presunta´ que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico<sup>802</sup>”.

Señalan JESHECK/WEIGEND<sup>803</sup> que el **consentimiento presunto** constituye una “causa *sui generis* de justificación”. Ello, bajo el fundamento de que “conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico”. JESHECK/WEIGEND<sup>804</sup>, se refieren a dos grupos de casos<sup>805</sup>: “conflictos internos de intereses y bienes” y “renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero”. De ello sobresale muy efectivamente la cuestión de la **ponderación de intereses** respecto al titular del bien, lo que desde luego afecta directa indudablemente al ámbito de las causas de **justificación**. Y en cuanto a ello, añaden dichos autores alemanes que a la ponderación de intereses debe acrecentarse la “resolución más probable” que adoptaría el afectado a ese respecto y, en su caso, incluso la idea del “riesgo permitido”, implicando estas condiciones en la necesidad de “realizar un examen minucioso”.

Se **presenta** “obvio e incuestionable que la exclusión de la tipicidad sólo se produce en la medida que la acción se mantenga estrictamente dentro del marco señalado por el consentimiento”, enfocan MAURACH/ZIPF<sup>806</sup>. Y **complementariamente** recuerdo que los límites del **consentimiento**, en este caso para fines de atipicidad, no pueden ser impuestos con una seguridad mínimamente razonable través de una sola presunción, por más concreta que pueda presentarse su base contextual, sino que por la expresión de la voluntad auténtica del titular del bien, reconocible al mundo exterior.

El **consentimiento** presunto no expresa una certeza, como característica imprescindible para que pueda desplegar efectos en el ámbito importante de la tipicidad, y

---

<sup>801</sup> `Aspectos penales del consentimiento informado'- *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, p 797.

<sup>802</sup> *Idem supra*.

<sup>803</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, pp 413 y 414.

<sup>804</sup> *Idem supra*, p 415.

<sup>805</sup> “Asimismo”, recuerda a ROXIN y a BLEI (*ibidem*, n.p. 92).

<sup>806</sup> *Derecho penal – Parte general – I... cit.*, p 298, *in fine*.

todavía menos una **certeza absoluta**. Esto incluso recuerda a CUELLO CONTRERAS<sup>807</sup>, al criticar muy **convincentemente** la perspectiva teórica y variante de LA MATA, “según la cual en los delitos contra la propiedad el consentimiento presunto debería excluir la tipicidad”. Pero, ello “no tiene suficientemente en cuenta que quien se ampara en el consentimiento presunto no lo hace con la certeza absoluta, habiendo debido ponderar muy bien la voluntad presunta del titular, es decir, con criterios (ponderación) propios de la justificación”. Como una inequívoca reiteración, este planteamiento del Catedrático de Extremadura es válido para los casos de presunción de *consentimiento* en general.

En cuanto a los supuestos de *consentimiento* presumido, **contrarios** a la voluntad de del titular del bien jurídicamente protegido (*p.e., el caso de la inundación pretendida por el propio titular del bien, que dejó los grifos de su morada abiertos para que esto pasara, sin expresar su intención*), aunque no hubiese la autorización del titular si estuviese allí para decidir, el contexto puede **hacerla presumida** de por sí y como tal **asegurarle** efectos **justificantes**. En el caso de la presunción, el autor se mantiene en el marco de una situación y de la ponderación de sus elementos concretos **deduce** como normalmente decidiría el afectado, resultando la plena responsabilidad de éste si las conclusiones del autor están en desacuerdo con lo que efectivamente pretendía dicho titular del bien; el autor concluye su presunción de conformidad al contexto real.

No obstante, en el mismo supuesto del párrafo anterior, sí resultaría un patente **equivoco** del autor si el titular del bien hubiera dejado alguna señal externamente comprensible sobre su voluntad en mantener abiertos los grifos de su casa. Sin embargo, no percibiéndolo de ninguna manera dicho autor, sólo entonces se podría considerar la posibilidad de tratar el tema jurídicamente como **error** (*vencible o invencible*) en el ámbito de la **exculpabilidad** o de la **imprudencia**, ésta cuando previsto por la norma que le corresponda.

Otro aspecto que merece atención es el caso de cuando el autor **puede esperar** la presencia del titular del derecho para que éste consienta o no y no lo hace, asumiendo aquél la total **responsabilidad** por su comportamiento inseguro e inadecuado jurídicamente, lo que desde luego pone en jaque la relevancia de la presunción por motivos de **lógica** muy elemental – *el autor desestima la certeza en cuanto a la auténtica*

---

<sup>807</sup> *El Derecho Penal Español – Parte General... cit.*, p 740, n.p. 50.

*expresión de la voluntad del titular del bien por elección consciente y personal* —. Ello, no obstante el escenario haga presumible que dicho titular del bien consentiría, aunque ya no importe cómo lo haría a causa del vicio insanable del desprecio de la certeza (*uno que deja su coche con el motor en funcionamiento para hacer un teste de resistencia y se marcha hacia la casa de un vecino, mientras el autor entra en la cochera y apaga el motor, creyendo que se trataba de un olvido, pues de proseguir así el coche podría quedar roto, aunque pudiera llamar el propietario que se encontraba cerca y hacerle saber lo ocurrido*). Además, la prestación **post facto** de la autorización es **irrelevante** en cualquier caso.

El *consentimiento* en su modalidad **presumida**, aunque lleve la terminología básica (*consentimiento*), por supuesto que no lo es auténticamente, sino **insegura** y **disfrazadamente**. Y además de otras consideraciones, a ejemplo de la ponderación de valores (*una característica muy peculiar y determinante de las causas de justificación*) por parte del autor, la sola patente ausencia de expresión real de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido (*la que no existe ni siquiera con vicio, para que pueda de algún modo ser evaluada*), **impide** cualquier efecto de atipicidad, pero jamás de **justificación**.

En fin, **presumir** significa **suponer**, **imaginar** como sería algo o alguien, no siendo posible valorarlo, y aún menos en cuanto a sus efectos en el ámbito de la teoría jurídica del delito, como si fuera una **certeza** (*y todavía menos categórica – marca irrenunciable de la forma auténtica de consentimiento*), pues jamás lo será, ni jurídica, ni filosófica, ni semántica, ni gramatical, ni humana, ni sociológica, ni política, ni culturalmente de ningún modo. Es decir, que también a mi juicio, reiteradamente el **consentimiento presunto** significa una manifiesta causa de justificación.

## VI - **CONSENTIMIENTO PUTATIVO.**

El *consentimiento* en su modalidad **putativa** ocurre cuando hay un **error** invencible<sup>808</sup> sobre dicha otorga. Es decir, que se trata del contexto en el que el autor tiene la **convicción equivocada** de que actúa bajo la protección de un *consentimiento*

---

<sup>808</sup> Sí, porque el error vencible es punible de manera amplia a título de imprudencia.

jurídico-penal válido y eficaz del titular del bien disponible<sup>809</sup>. En tales supuestos estará el jurista ante situaciones patentes de **error<sup>810</sup> sobre el tipo** o de **error sobre la prohibición**, dependiendo del análisis de cada caso concreto.

**Ambas** especies de error (*sobre el tipo y sobre la prohibición*), que inciden sobre un elemento del propio tipo y sobre la ilicitud (*elemento de justificación*) del comportamiento, una vez atendidas sus exigencias dogmáticas (*por ej., sus requisitos básicos: capacidad jurídica del afectado, disponibilidad del bien respecto al que puede consentir su titular, ausencia de vicios, anterioridad del asentimiento equivocado y percepción errónea e invencible del autor en cuanto al consentimiento*), son **inmunes** a la imputabilidad del elemento subjetivo del crimen contra su respectivo autor, lo que impide la conciencia del ilícito. En pesen ciertas divergencias doctrinarias en cuanto a la naturaleza atípica, justificante o de exculpabilidad del *consentimiento* putativo con error de tipo (*el error de prohibición es siempre una causa de exculpabilidad*), es oportuno citar de manera **amplia** a COBO/QUINTANAR<sup>811</sup> cuando señalan que en el **error** “no se puede afirmar ni la forma de culpabilidad dolosa, ni la forma de culpabilidad imprudente”, lo que da lugar a “supuestos de irreprochabilidad jurídico-penal” y ello significa que son “casos de ausencia de formas de culpabilidad”.

## VII - **CONSENTIMIENTO ACTIVO.**

En cuanto al **comportamiento** del sujeto titular del bien jurídico-penalmente protegido, la distinción entre las formas **activa** y **pasiva** de *consentimiento* está obviamente en su manera de actuación, es decir, si es **provocativa** o **receptiva**.

En la forma **activa** de *consentimiento*, el titular del derecho expresa su autorización **pidiendo, convocando, llamando, ofreciéndose** a que el autor le haga algo menoscabando o no un bien jurídico que le pertenece (*el que, tras mediar dicho*

---

<sup>809</sup> Antes y por todos, CASAS BARQUERO (*El Consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 107/114) trata del tema del error en el marco del consentimiento, como “consentimiento putativo”.

<sup>810</sup> La cuestión del error, además de extremadamente atractiva para el jurista en general, es todavía más compleja y amplia, lo que conlleva la necesidad de tiempo y espacio específico para su abordaje, lo que obviamente no me permite esta investigación sobre el consentimiento, pues si me entregara a esto tendría que realizar una Tesis Doctoral. Baste, por tanto, su referencia concreta en relación con el consentimiento.

<sup>811</sup> *Instituciones de derecho penal español – Parte general... cit.*, pp 193, *in fine*, y 194.

*asentimiento se torna un mero objeto del hecho), dentro de su respectiva esfera de dominio (RAMÓN SAMPEDRO<sup>812</sup>, cuando ha planteado jurídicamente su demanda para morir, en un angustiante testimonio mezclado entre sufrimiento y vida, para él insoportable, lo ha hecho como un ejemplo de modalidad **activa** de consentimiento al **solicitar** a las autoridades judiciales de España que le reconociesen la superioridad de su **dignidad** como persona y su **libertad** como ente existencial por encima de su estado material viviente, casi vegetativo – vivió 29 años sobre una cama como tetrapléjico –, padeciendo una enfermedad todavía incurable, desde cuando fracturó el cuello en un accidente en una playa de Galicia<sup>813</sup>).*

En la modalidad activa de otorga, el **comportamiento** parte del titular del bien jurídico-penalmente protegido en su forma original.

#### **VIII - CONSENTIMIENTO PASIVO.**

En el extremo **pasivo**, el titular del bien protegido jurídicamente manifiesta su asentimiento cuando **acepta, acoge, aprueba** la solicitud (*convocación, llamamiento*) del **autor**, que pretende del afectado que éste le permita hacer algo hacia un bien jurídico disponible y perteneciente al ámbito de su dominio (*uno que accede a un pedido de un amigo y hace la donación de una de sus córneas a un hijo de éste*).

Tanto el comportamiento **activo** como el **pasivo**, en el marco del *consentimiento*, no significan más que un modo de clasificarlos aisladamente, es decir, que sin ninguna interferencia, a causa de ésta o de aquella forma, sobre los **efectos** jurídico-penales del consentimiento en el escenario de la teoría sistemática del delito.

En la modalidad pasiva de *consentimiento*, la actividad humana inicial parte del autor.

---

<sup>812</sup> SAMPEDRO CAMEÁN, Ramón. *Cartas desde el infierno* – quinta edición –, Barcelona/España, Planeta, diciembre de 2004, pp 11 y ss. Hay una película que intenta ponerse a nivel del texto del libro, digna de ver. Se llama: Mar adentro.

<sup>813</sup> Aunque Ramón haya recurrido a los Juzgados de Barcelona y La Coruña (primera instancia), a las Audiencias también de Barcelona y La Coruña y tras esto al propio Tribunal Constitucional de España, desgraciadamente le fue negado el derecho de morir.



## XIX - SEMICONSENTIMIENTO (O CASICONSENTIMIENTO).

El **casi** o **semiconsentimiento**, en su significado general y **unificador** (es decir, abarcando las hipótesis a las que se refieren los separatistas como de casi o semi-acuerdo, aunque las enfoque en esta investigación dentro de la modalidad de consentimiento en **primer grado**), en absoluto significa, como puede deducirse por la propia terminología de bautizo, una expresión estructuralmente reconocible de *consentimiento* auténtico, sino una manifestación de consentimiento del titular del bien jurídico-penalmente protegido **sin libertad** (la que es ficticia) y **sin la cual** (en dos grupos básicos de casos): **a) de cualquier modo** el autor **tiene legalidad** para actuar, amenazando o lesionando el bien jurídico originalmente protegido (ejemplo: dos policías entran en una finca, bajo el **consentimiento** de su propietario, para hacer un chequeo en busca de una persona huida de una cárcel, después de presentar **una orden de registro** firmado por la autoridad judicial competente; otro ej.: un violador en serie es condenado a la castración química y, cuando le van a introducir las drogas adecuadas para la concretización de la condena, **consiente** que lo hagan sin expresar ninguna resistencia física, lo que, si lo hiciera, no evitaría que las autoridades **llevaran a cabo** su misión, incluso utilizando la fuerza necesaria para ello; etc., etc., etc.); y **b) le resultarían** al titular del derecho de asentir determinados problemas de los que quiere librarse al exteriorizar dicho permiso (verbigracia: una pareja vive con sus hijos en el 7º piso, C, en el centro de Granada y no puede descansar con los vecinos del 8º C – un grupo de jóvenes que ha alquilado el piso/cobertura y todas las tardes juega al baloncesto en la terraza, precisamente encima de donde vive la familia, además de todas las noches, a partir de las 02 horas hasta sobre las 04, y a veces desde las 04 hasta sobre las 05 y media, cuando también juegan al baloncesto, causar insoportables ruidos con gritos, música y botellones sin ningún respeto a los que viven allí –, no obstante, dicha pareja **asiente** con su silencio ante todo aquello, ya que no se fía de las decisiones judiciales de primera instancia en Granada, a consecuencia de una experiencia muy negativa por la que pasó anteriormente; otro ejemplo: cuando regresa hacia su casa, en una de las calles cercanas uno es **robado** por una mujer con un cuchillo, que le sustrae la cuantía de 20,00 €, empero, tanto a causa del pequeño valor sustraído como porque no logró en memorizar el rostro de la infractora, la víctima **decide** no ir a la policía, creyendo que, si fuera en busca

de la autoridad, ello sólo le reportaría el tiempo y aborrecimientos<sup>814</sup>, ya que ni siquiera su dinero podría recuperarlo; etc., etc., etc.).

En ambas situaciones grupales y puntuales (*ítems a y b del párrafo anterior*) el afectado solamente **facilita** la actuación del autor o la **permite**, sin poder en absoluto expresar con libertad su voluntad auténtica y verdadera. Y todo, después de ponderar sus intereses, evitando que con su negativa en consentir venga a tener otros problemas de orden jurídico (*objetivo y/o subjetivo*) o incluso meramente personal, y cuya conciencia del porvenir, que le va de algún modo a perjudicar, basta para justificar su consentimiento – *se trata de un consentimiento ficticio; coaccionado para, como mínimo, evitar trastornos menos malos, aparentemente o no, al titular del bien jurídico* –.

El **casi** o **semiconsentimiento** significa así otra variación de vicio de la voluntad, originada en algún tipo de coacción, aunque muy **puntal** y con ponderación de intereses peculiares, es decir, que conteniendo características que la diferencian de los vicios en general.

El **consentimiento ficticio** (*aparente, casi o semi*), por tanto, **hiere** de muerte exactamente el **núcleo** del consentimiento auténtico, que significa la expresión de la propia voluntad con **libertad**, sin la cual muy justificadamente cualquier forma de consentimiento pierde de golpe su validez y, todavía más, su eficacia... y sobre todo **atípica**.

Así, siempre y cuando se trate de un **semiconsentimiento**, si el autor no actúa bajo, p.e., una causa **justificante de su parte** (*el caso de los policías con la orden judicial para el registro en la finca, como un estricto cumplimiento de un deber – ejemplo del ítem a*), el hecho resulta jurídico-penalmente **reprochable** (*el supuesto del hurto de los 20,00 € – ejemplo del ítem b*), salvo, por supuesto y en su caso, cuando la víctima elija **no denunciarlo**, procedimiento este que, en principio, significa afrontar la armonía del ordenamiento jurídico-penal.

---

<sup>814</sup> JAKOBS, en *Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 297, cita el caso del propietario que permite a los ladrones robarlas frutas de escaso valor de sus árboles, porque no pretende molestarse con las obligaciones características de una acción legal en contra de éstos.

El **casiconsentimiento**, es mejor considerarlo como un *consentimiento* sólo con apariencia o con insinuaciones estructurales engañosas. Su base sistemática está indubitavelmente **viciada** por una determinada coacción que provoca la ausencia de libertad absoluta<sup>815</sup> del titular del bien jurídicamente protegido y le impide expresar con **autodeterminación** su más auténtica voluntad.

El semiconsentimiento **unificado**, como una fiel expresión monista (*un casi-acuerdo y un casiconsentimiento, como mero registro ilustrativo del pensamiento separatista*), es y siempre será un **casi**, jamás un *consentimiento* auténtico. Puede que sea un “sucedáneo de consentimiento”, según bien señala ROXIN<sup>816</sup>, o una ficción de la voluntad, pero no pasa de algo que, convenientemente e intentando minimizar un mal más grande, otorga el titular del bien, que en este caso puede que sea una indudable **víctima**.

ROXIN<sup>817</sup> recuerda y advierte en cuanto a supuestos en los que hay autorización del afectado, sin que medie su **libertad auténticamente**, aunque los seguidores de la teoría de la separación los consideren como situaciones de consentimiento dando causa sistemáticamente a una justificación. De modo general, a mi juicio, y con todo respeto, este entendimiento separatista no parece tan **convinciente** como en el conjunto **monista-liberal**.

---

<sup>815</sup> Con respecto a la terminología “libertad absoluta” en el marco del consentimiento, me parece el momento apropiado para comentar que, ontológicamente, puede incluso que uno más implicante se pregunte si realmente existe como tal, ya que elementalmente algún motivo es siempre la causa de la manifestación humana (*pero igualmente de los irracionales en general, convengamos*), es decir, que algo interfiere para su expresión de cualquier modo. Sin embargo, si no fuera así, la libertad sería un valor inerte, inoperante, inútil, para el equilibrio social práctico, útil y progresista hacia el ventajoso desarrollo de la personalidad humana. Me explico, la motivación que interfiere para la expresión de la voluntad es exactamente el elemento provocativo imprescindible para que la libertad parta de su especie de estado latente y sirva a los fines a que se determina como valor existencial de cumbre. La libertad absoluta, plena, completa a que se refiere el consentimiento auténtico, sí es aquella que, bajo una provocación endógena y/o exógena contextual que la despierte (ante una relación sexual por razones afectivas, la donación de un órgano por motivo de solidaridad humana, el asentimiento en un hurto para disminuir la cantidad de objetos que se guarda en un determinado sitio, etc., etc., etc.), sirve lógicamente como instrumento básico y fundamental de expresión legítima de la voluntad autodeterminada del titular del bien jurídicamente protegido, dentro de su esfera de dominio, sin que sufra ninguna interferencia viciada para la manifestación de dicha autorización, pudiendo ser aceptado o rechazado el consentimiento, según mejor desee dicho titular del derecho, considerando su dignidad y su desarrollo, sin los cuales la vida pierde su verdadero significado axiológico, moral, y también ontológico, filosófico, existencial, como mínimo para la gran mayoría racional de los individuos.

<sup>816</sup> *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, pp 525.

El **casiconsentimiento** en general constituye un ejemplo indiscutible de *consentimiento ineficaz*, ya que es invariablemente prestado bajo el vicio **insanable** de la **privación** de libertad del afectado, a través de algún tipo de coacción. Desde luego, no puede tener lugar, en el contexto dogmático más realista y exacto del semiconsentimiento, una causa de atipicidad y tampoco de justificación ni de exculpabilidad, que sea jurídico-penalmente posible invocar a partir del comportamiento del **afectado**.

No obstante, y considerando la manera como se comporta el **titular** del bien jurídico consintiendo, si en términos de **naturaleza jurídica** el semiconsentimiento no produce ningún efecto de validez y eficacia (*concretizándose la conducta, según su descripción típica*), lo mismo no acaece **siempre** al considerarse el contexto legal desde el **autor**. Me explico. El autor puede estar actuando, de su parte exclusivamente, bajo el amparo de una **justificante**, como he enfocado anteriormente, a ejemplo también del ejercicio regular de un derecho (*un funcionario de una cárcel comunica a uno de los presidiarios bajo su guardia que va a cambiarle de habitación para reorganizar el sitio y aunque el encarcelado prefiera quedarse donde está, opta por asentir, considerando que de otra manera aquél simplemente argumentaría sus razones formalmente y haría el traslado de cualquier modo, etc.*). Sin embargo, puede que esté dicho autor protegido informal, pero concretamente, por una casi siempre vergonzosa **impunidad** (*el caso de una amenaza en la que la víctima opta por guardar silencio de lo ocurrido por temer que las autoridades policiales y judiciales no sean capaces de garantizarle la seguridad personal y la de su familia, etc.*).

La **voluntariedad** es característica **fundamental** del *consentimiento* (*auténtico e, incluso, presumido*) y, por lo tanto, para que produzca (y sólo entonces) efectos válidos y eficaces, cualquier *consentimiento* debe ser ejercido sin la interferencia de coacción invencible en la libertad de elección del titular del bien; ni de coacción y tampoco de cualquier otra forma invencible de vicio.

---

<sup>817</sup> 'Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal' - *Dogmática Penal y Política Criminal...* cit., pp 150 y 151. Véase todavía *Derecho Penal – Parte General – Tomo I...* cit., pp 525 y 526.

## **CAPÍTULO V**

### ***EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. EJEMPLIFICACIÓN CON GRUPOS DE CASOS.***

## I - CONSIDERACIONES PRÉVIAS.

Las denominadas **concepciones mecanicistas** del aplicador de la ley (*el juez específicamente*), y del jurista en general, tan ovacionadas desde pensamientos adecuados a sus épocas, como los del Barón de MONTESQUIEU (*“les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi”<sup>818</sup>* – *los jueces no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley*) y del Marqués de BECCARIA (*“ni siquiera la facultad de interpretar la ley penal puede atribuirse a los jueces penales, por la sencilla razón de que éstos no son legisladores”, sino seres impersonales o “autómatas de la subsunción”, es decir que meros instrumentos de concretización del “procedimiento de deducción lógica”<sup>819</sup>*), constituyen una perspectiva **unánimemente rechazada** por los científicos de la actualidad. Más que todo, dicha concepción del juez y del jurista como una **máquina** es algo “impracticable”, recuerda ROXIN<sup>820</sup>, añadiendo que **invariablemente** “los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados”.

JESCHECK/WEIGEND<sup>821</sup> plantean que **“toda norma jurídica requiere interpretación”**. Y añaden que dicha regla es **igualmente** válida incluso “para el supuesto de un ‘tenor literal claro’ puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto a aquél que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano”. **Reafirmando** el punto de vista de ROXIN, JESCHECK/WEIGEND<sup>822</sup> recuerdan que ya “se intentó ingenuamente vincular el Juez a la letra de la Ley”, significando que dicha “pretensión de obediencia del Estado absoluto condujo así al mismo resultado que el miedo de la ciudadanía libre a la arbitrariedad judicial: a una rigurosa vinculación del Juez al tenor literal de la Ley”.

---

<sup>818</sup> Citación de ROXIN, en cuanto al original en francés, a partir del texto en alemán: *Vom Geist der Gesetze* (en *Derecho Penal – Parte General – Tomo I... cit.*, p 147 y n.p. 35).

<sup>819</sup> Todavía ROXIN, desde la versión alemana de *Dei delitti e delle pene: Über Verbrechen und Strafen* (*idem supra*, n.p. 38).

<sup>820</sup> *Idem supra*, p 148.

<sup>821</sup> *Tratado de Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 164.

<sup>822</sup> *Idem supra*, *in fine*.

En ese contexto valorativo de la necesidad de la labor **hermenéutica**, acerca del juez ARAMIS NASSIF<sup>823</sup> señala que “cualquier sentencia – penal o civil – significa siempre un acto privativo de alguien que está investido con poder jurisdiccional, sea dicha decisión de un solo juez o de un tribunal, el que contiene, además de su origen legítimo y del análisis del hecho, también la necesidad de interpretar la ley para solucionar la *vexata quaestio*”.

Un **juez** mecánico, silogístico, sumiso al sólo y exclusivo sentido **gramatical** de la ley, representa más el papel de un esclavo perezoso y acobardado del Estado opresor e injustamente intervencionista que el de un **verdadero** paladín de la justicia. El juez y el jurista – *que no piensen ni busquen el más adecuado sentido de la ley para solamente entonces aplicarla o, en su caso, defender su aplicación* – pueden muy puntualmente representar el protagonismo más auténtico de los emisarios del **anti-Derecho**. Sí, porque un Derecho injusto no será jamás un Derecho, en su concepción fiel y leal a los fines a los que se destina: la distribución y la concretización de la justicia. Hoy día, admitir el Derecho que su aplicador sea como “la boca de la ley”, sería lo mismo que establecer, como mínimo, la más absoluta **inseguridad** entre las relaciones jurídicas, y destacadamente – *como de interés inmediato para esta investigación* – **penales**.

Así, el sentido de la ley para el caso concreto (*mutatis mutandis*) es **variable** y al jurista incumbe localizarlo para aplicarlo a la situación de hecho. Por ejemplo, el concepto de enfermo terminal, las condiciones de un embarazo a causa de una relación sexual que alega la afectada no haber consentido, un cambio facial indeseado tras una cirugía cosmética, pueden, en su caso, tener muy seguramente **interpretaciones** variables o no exactamente iguales al aspecto meramente gramatical de la ley, dependiendo de una serie de factores **exógenos** (*condición física, repulsa o encargos sociales hacia el afectado, etc.*) e incluso **endógenos** (*el estado emocional del que asintió cuando lo hizo, el efecto interno del grado de información prestado, etc.*).

---

<sup>823</sup> ARAMIS NASSIF, *Sentença Penal – O Desvendar de Themis*, Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Editora Lúmen Júris, 2005, p 56 (el original em português: “Toda sentença – penal o civil – é ato privativo de quem está investido no poder jurisdiccional, seja ela decisão monocrática ou colegiada (acórdão), o que, pela origem, que lhe dá legitimidade e porque, além da análise do fato, importa em interpretação da lei para solução da ‘vexata quaestio’...”).

De lo expuesto en esta breve introducción, hay que reflexionar la **indudable** necesidad, perenne y creciente, de la interpretación más adecuada de la ley hacia el caso concreto, lo que constituye algo más seguro en el marco de un sistema abierto, ya sea de parte de la doctrina o sea de parte de los jueces. Esta breve perspectiva crítica, además de su importancia para las ramas del Derecho en general, significa un mecanismo de deducible y fundamental **relevancia** en lo que al *consentimiento* jurídico-penal, sus muchos y complejos matices, se refiere.

## II - GRUPOS DE HIPÓTESIS SELECCIONADAS.

Es patente que el contexto de mediación del *consentimiento* **jurídico-penal** en el largo y heterogéneo ambiente del comportamiento humano es algo formidable, tanto a causa de su activa presencia de cuna **natural** como de su imprescindible significado **jurídico**. Y tanto es, que el consentimiento, al perder su significado de efectiva autenticidad y sus consecuentes efectos atípicos para el marco de la teoría jurídica del delito – *sobre todo de conformidad a los postulados de la teoría monista* –, todavía así se desdobra como *consentimiento* presunto, semiconsentimiento e incluso *consentimiento* con reducción del grado de injusto. Por tanto, el asentimiento contiene la **capacidad** de asumir otra característica de alejamiento del reproche legal-penal (*aunque obviamente de menor importancia que en cuanto a su actuación en el ámbito del tipo*) como causa de **justificación**, o bien hace **reducir** el *quantum* de la pena, sea como causa de disminución o sea como circunstancia atenuadora de la pena. Ello, sin olvidarse la posibilidad correlacionada de incidencia de casos de error (*sobre el tipo o la prohibición*), remitiendo el suceso hacia los parámetros de la **exculpabilidad**.

Por supuesto, que escribir sobre todo el amplio (o *materialmente inagotable*) escenario de aplicación del *consentimiento*, o más específicamente acerca de **todos** los grupos de casos en los que se expresa con validez y eficacia y sus muchas divisiones, aunque lo hiciera de modo superficial, pero bajo un mínimo de atención **necesaria**, implicaría tener que disponer de un tiempo que esta investigación, momentáneamente, ya no me **permite** – *lo que asumo y lamento, sin impedirme de hacerlo a posteriori* –. Así, opté por tratar de algunos grupos de casos, que, sin pretender en absoluto despreciar la clara **importancia** de todos los demás, hoy por hoy se me



presentan involucrados en debates jurídicos más **acalorados** (*la vida humana: eutanasia, suicido, aborto, la huelga de hambre; las lesiones corporales y psicológico-psiquiátricas*).

En cada grupo de los supuestos que aparecen a continuación, además de las consideraciones **metodológicas** características en dichos contextos intelectual/volitivos, naturalmente planteo mi **perspectiva** dogmática en lo que se refiere a varios de sus matices, con más o menos originalidad.

## 1. LA VIDA HUMANA.

La **vida** es el principio de todo y lo que a todo da el más intenso **significado**. Como **valor**<sup>824</sup> constitucional (*y así fundamentando, orientando, criticando*) de protección extremadamente reforzado, de donde parte y adonde converge una gran parcela de principios, reglas y otros valores, la **vida** es igualmente un bien jurídicamente protegido de indudable cumbre dogmática; para muchos, significa jurídicamente el más importante objeto de **protección** de todo el ordenamiento jurídico, pues sin vida todo lo más que pertenece y de lo que resguarda dicho ordenamiento pierde su significado, como mínimo, material. Así, proteger la vida humana<sup>825</sup> es un deber, en principio, básico y fundamental del ordenamiento jurídico<sup>826</sup> en su totalidad.

---

<sup>824</sup> Los valores, por ejemplo “la doctrina germánica los concibe como ‘fundamentales’”, recuerda PÉREZ LUÑO (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución... cit.*, p 288). Mientras tanto, la Constitución de España, en su art. 1.1, al tratar de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo político – corolarios, sobre todo los tres primeros, de la vida – los refiere como “superiores”. A su vez, la CF de Brasil los considera – al aseguramiento al ejercicio de los derechos sociales e individuales, a la libertad, a la seguridad, al bienestar, al desarrollo, a la igualdad y a la justicia – como “supremos”, ya en su Preámbulo o fórmula política.

<sup>825</sup> Es evidente que a la vida, a toda ella, se la debe, en principio, proteger. Sin embargo, y para mero recuerdo/justificación, trato directamente de la vida humana en este ítem.

<sup>826</sup> COBO/QUINTANAR (*Instituciones de Derecho penal español... cit.*, pp 157, *in fine*, y 158) adoptan una posición muy determinada respecto a este tema de la protección de la vida humana, en el sentido de que hay bienes jurídicamente personales o individuales pero de contenido “irrenunciable”, afirmación que, a su juicio, “se manifiesta como evidente, aunque ello no siempre sea compartido como lo pone de relieve el que para el bien jurídico irrenunciable por definición cual es la vida humana, haya quien piense que lo debería ser”. Prosiguen dichos maestros españoles, recordando lo polémico e intenso que es la cuestión “para supuestos relacionados con la eutanasia”. Añaden que su opinión es de que “la vida humana es irrenunciable, por lo que, el consentimiento del sujeto pasivo no puede justificar la supresión de la vida que, huelga decirlo, es el presupuesto de que alguien pueda consentir o no”. En el mismo sentido, antes, véase a COBO/VIVES (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 493). Semejante es la referencia que hacen MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 345).

Ante este exordio, es **determinante** plantear que el *consentimiento no puede jugar* con la vida humana, que, en principio, significa un bien jurídico, constitucional y penalmente, **inviolable** (*ejemplos: dos policías se emborrachan y, de común acuerdo, uno de ellos, utilizando su arma, pasa a disparar contra una botella sostenida por su compañero con una de las manos, hasta que uno de los proyectiles es desviado del blanco y alcanza al de la botella, quitándole la vida; alguien se apiada de un amigo a causa de una decepción amorosa y atiende a su petición quitándole la vida; un medico quita la vida de un paciente atendiendo a su solicitud, pues éste tenía 90 años de edad y era portador de un carcinoma prostático de primer grado; una mujer embarazada decide abortar porque programa un viaje de vacaciones con su novio y no quiere interrumpirlo con el nacimiento del niño; etc.*).

Sin embargo, hay situaciones **especiales** en las que la **afirmación** de la dignidad y de la libertad necesita **someter** la preservación de la vida, como manifestación inequívoca de justicia humana, interrumpiendo la degradación y la humillación del que **consiente**. Es que **solamente** así hace resultar el bienestar psíquico-somático y moral, la satisfacción existencial elegida, en fin el desarrollo de la personalidad humana (*la personalidad se desarrolla también con la muerte, mientras sea dignamente libre*) como expresión de la más pura justicia, constitucionalmente asegurada, desde su cuna en el rango de amplio Derecho fundamental. Si la dignidad y la libertad del hombre existen **porque** hay vida que las precede, para muchos, bajo determinadas circunstancias, sin dignidad y/o libertad la vida ya **no tiene** ningún sentido.

Así, el *consentimiento* del titular del bien **puede** (y más que todo **debe**), en casos muy puntuales, **permitir** dar un fin digno a la vida (*expresando efectos de validez y eficacia atípicas, a partir de la posición monista, en el ámbito de la teoría dogmática del delito*), aunque siempre y solamente cuando su existencia ya no signifique más un derecho, sino una condena existencial en contra de la dignidad, la libertad, o el desarrollo de la personalidad, a veces imponiendo un resto de vida inhumano o degradante (*por ej.: uno, que era una persona físicamente normal y activa en sus ocupaciones, solicita a su médico que le quite la vida, pues se encuentra tetrapléjico*<sup>827</sup> *desde hace varios años, sin*

---

<sup>827</sup> Las plejías (o plejías) presentan distintas modalidades: 1. monoplejía (discapacidad de uno sólo miembro del cuerpo); 2. hemiplejía (parálisis de sólo un lado del cuerpo); 3. paraplejía (discapacidad de los dos miembros inferiores); 4. tetraplejía (parálisis de las cuatro extremidades); 5. pentaplejía (además de las cuatro extremidades del cuerpo en estado de parálisis, el enfermo no dispone de ninguna función orgánica,

*ninguna posibilidad de cura con los medios técnicos disponibles, además de presentar un cuadro de diabetes progresivo e igualmente incurable hoy día, que ya le ha provocado la amputación de sus dos piernas por encima de las rodillas<sup>828</sup>). Algo semejante puede acaecer motivando el **aborto** (v.g.: *una chica solicita un aborto tras haber asentido en yacer con su novio y, aunque hayan acordado utilizar el preservativo masculino patrón para alejar cualquier riesgo de embarazo, el joven quita el contraceptivo durante el acto, bajo protestas de la novia, forzándola a la relación y de ello resulta una preñez*).*

En los Estados de Derecho, **teóricamente** y de modo decididamente **formal**, la doctrina del escalonamiento y del ordenamiento jurídico (*con relieve constitucional*) ostenta un contenido sistemático e incluso axiológico de auto-complementación y armonía, sin conflictos normativos, como intención elemental del legislador. No obstante, en el ámbito de la **realidad** de los muchos y heterogéneos casos prácticos del comportamiento humano, además dentro de escenarios patentemente peculiares, hay valores y principios constitucionales como la libertad, la dignidad, el bienestar de la persona, el desarrollo de la personalidad, la justicia, la igualdad, la autodeterminación, etc., que pueden **enfrentarse**, tanto entre sí como ante un concepto extremo y no siempre justo de **preservación de la vida**<sup>829</sup>. Y de ello resulta que la solución del litigio no se puede (*y tampoco se debe, so pena de romper con el equilibrio del Estado como garante jurídico*) tratar a través de una mera fórmula matemática

---

normalmente la respiratoria, necesitando estar conectado a un aparejo para respirar); 6. hexaplejia (cuadro agudo de tetraplejia con seis funciones orgánicas comprometidas); etc. Evidentemente que los casos de mono, hemi y paraplejia, por sí solos están dogmática y político-criminalmente fuera de la licitud eutanásica planteada y defendida en esta investigación.

<sup>828</sup> Merece la pena citar a FREUD, Sigmund (médico austro-húngaro {nació donde hoy están situada la República Checa y Eslovaquia} que desarrolló el psicoanálisis moderno – 1856/1939), incluso como recuerda GIMBERNAT ORDEIG (*Eutanasia, Constitución y Derecho Penal* – *Eutanasia hoy. Un debate abierto* {Salvador Urraca Martínez, Ed.}, Madrid/España, Editorial NOESIS – Colección Humanidades Médicas, 1995, p 213): “que ante un cadáver sentimos `casi como una admiración hacia alguien que ha llevado a cabo algo muy difícil”. Y concluye el autor español que “no lo hagamos más difícil de lo que ya, de por sí, es. Y mucho menos, contrariando la voluntad de nuestros semejantes y metiendo de por medio al Derecho penal”. FREUD murió por eutanasia consentida, activa y directa (probablemente una sobredosis de morfina, que le habría aplicado su médico), tras 16 años de lucha contra un carcinoma de mandíbula que estaría vinculado al hábito constante de fumar puros, y después de someterse a 33 cirugías.

<sup>829</sup> Toma posición, por ej., el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, en *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Madrid/España, P & R Grafis, 1993, pp 9 y 10, en el sentido de que “una interpretación integradora de vida y libertad y, por consiguiente”, la valoración del desarrollo de la personalidad, “obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el caritativo de bien jurídico protegido”. En dicho libro está escrito un “manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida” (pp 9/11), el que, refiriéndose a la eutanasia activa, se expresa en contra de su punición, siempre que suponga “la provocación de la muerte a petición expresa y

conservadora – *debe sobresalir el consentimiento, como expresión de libertad constitucionalmente asegurada* –. En dichas situaciones, es **imprescindible** que jurista evalúe los detalles e identifique sus características propias, además de proporcionalizar los valores y/o los principios en conflicto, interpretando la ley y buscando su significado jurídicamente más adecuado, en cuanto justo, dentro del ordenamiento y para su progreso, teniendo como base invariable la **Constitución** y los Derechos fundamentales allí asegurados, los que deben tener cada vez más asegurada su expansión cualitativa, sobre todo. Y de ello puede resultar que la vida, en determinadas situaciones muy puntuales, ya no sea el bien jurídico que **merece protección** constitucional-penal, sino algún otro de igual modo inherente a la persona, a ejemplo de la dignidad y de la libertad, manifestados a través del *consentimiento* con validez y eficacia jurídicas, además de una mera ponderación de intereses.

El tema de la vida humana es **tanto** estructural y particularmente **interesante** (*por el tipo de contexto destacadamente jurídico, humano y natural extremadamente heterogéneo en que está involucrado*) **como** nada fácil de ser enfocado (*exactamente en él se entrelazan, con peculiar presencia, además de las cuestiones de orden jurídico y científico en general y específicas características, también otras de orden ético*<sup>830</sup> *{destacadamente}, filosófico, religioso, sociológico y sanitario, en el marco de este escenario culturalmente rico y efectivamente delicado*). Empero, **dos puntos** son fundamentales, en principio, para más adecuadamente permitir el despliegue de perspectivas intelectual/volitivas más adecuadas sobre dicho tema: **a)** el **alejamiento** de las pasiones humanas triviales y crasas acerca de la materia para su mayor desarrollo; **b)** la **conciencia** de que el progreso y el perfeccionamiento de las instituciones y de las ideas son igualmente imprescindibles al Derecho penal, constitucional, a las personas, a la sociedad, a la civilización como un todo, en búsqueda de sus mejores días, aunque esto representará siempre una tarea más ardua – *y cuando no imposible* –, siempre que

---

sería del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento y dolor, grave e irreversible, no soportable ya por el sujeto, que no pueda ser suprimida por medios distintos”.

<sup>830</sup> MORILLAS CUEVA (Prólogo de *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), Granada/España, Editorial Comares, 2001, p XVIII) es todavía más enfático al escribir que “se ha dicho y no sin falta total de razón que la eutanasia es fundamentalmente un problema ético”, añadiendo el maestro de Granada que, sin embargo, “posiblemente sea con mayor prioridad una cuestión de respeto a la libertad y a la dignidad de la persona”. Además, reflexiona que “en todo caso representa una potencial colisión de intereses entre el bien jurídico vida en su presentación más estricta y cerrada de dominio estatal y la opción liberadora de la persona que como ciudadano de ese Estado reclama el derecho a una muerte digna, sin dolores innecesarios, sobre el drama de su propio desahucio vital”.

el jurista se mantenga dentro del marco de un sistema jurídico que lo utilice de manera cerrada, conservadora, acobardada, a menudo perezosa, a veces atávica y otras anti-progresista sin disfraces. Y para el equilibrio de los ideales y de la proporcionalidad rumbo al futuro más justo, el requisito de un Estado **multicultural** y de puntos de vista jurídicos constitucionalmente **laicos** me parece una referencia primordial.

Lo cierto es que vivir, mientras reciba un tratamiento jurídico democrático, real, social y sociológico será siempre un **derecho**, jamás un **deber** por sí sólo. Como derecho, puede servir al desarrollo de la personalidad del individuo, pero como un deber en sí mismo servirá a su **esclavización** legal, a partir de la sumisión de dicha persona al autoritarismo estatal insensible y cruel.

En **España**<sup>831</sup>, v.g., lo que es característico en un ordenamiento jurídico social y democrático con evidente base constitucional, “todos tienen derecho a la vida” (**no el deber de vivir bajo cualesquiera circunstancias**<sup>832</sup>). Así, igualmente en **Brasil**<sup>833</sup> es inviolable “el derecho a la vida” (**tampoco el deber**). La dignidad y la libertad de la persona humana, y aún la justicia, el bienestar ciudadano, la igualdad, el desarrollo de la personalidad, la solidaridad, la prohibición de tratamiento inhumano, degradante o de discriminación, son principios y valores (*Derechos fundamentales*) tratados por el legislador **constitucional**, tanto en España<sup>834</sup> como en Brasil<sup>835</sup>, con crédito normativo y contenido material muy claros y dentro del marco de una misma horizontalidad sistemática con situaciones de preservación de la vida. Por tanto, el jurista, so pena de estar asumiendo posiciones **indudablemente** sin acogida constitucional y llenas de injusticias, no debe despreciar dichas normas ante determinados contextos puntuales y excepcionales en los que ellas se batan con la preservación poco o nada racional de la vida.

Criterios formalistas y conservadores, argumentando una ficticia naturalidad biológica para **imponer** la vida sobre la dignidad, la libertad, en cualquier contexto, es algo intelectual y volitivamente, con todo respeto, ya un tanto anticuado. Así, hay casos en

---

<sup>831</sup> Art. 15 de la CF.

<sup>832</sup> En este sentido, véase antes al GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL (*Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida... cit.*, p 10): “la vida es un derecho, no un deber”.

<sup>833</sup> Art. 5º, *caput* de la CF.

<sup>834</sup> Preámbulo y arts. 1.1, 9.1 y 2, 10.1 y 2, 14, 15.

<sup>835</sup> Preámbulo y arts. 1º, II y III, 3º, I y IV, 4º, II, 5º, *caput*, III, XLI, LXXVII, §§ 1º y 2º.

los que, al imponer el Estado-juez el **deber de vivir** a la persona, en verdad le está prohibiendo el ejercicio de una libertad **fundamental** y **legítima** de su dignidad, de su bienestar, del desarrollo de su personalidad e incluso legalizando, como un mero *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, un tratamiento sin humanidad (*siquiera satisfactoria*) y degradante y, lo peor, exactamente **contra la vida**, al condenar a su titular a vivirla sin ningún que lo motive – *es decir, que en estos casos, actúa por ejemplo el aplicador del Derecho **contra la propia Constitución**, a la que decidió jurar y defender* –.

En el ámbito del *consentimiento*, ante el bien personal o individual y jurídico-penalmente protegido **vida humana**, los temas de la **eutanasia** y del **aborto** constituyen objetos de investigación muy actuales. Significan ejemplos de debates acalorados y divergencias inconciliables entre juristas, científicos en general e incluso muchos de los demás individuos en sociedad y multiculturalmente. Tratan, ambas modalidades de eliminación de la vida, **una** en su estado plenamente formado y **otra** en gestación, de cuestiones de interés personal, pero con un fuerte efecto en el marco de la colectividad. No obstante, desde luego hago una reflexión inicial: en el proceso **eutanásico individual** (*como lo planteo con mayor seguridad jurídica y humanitaria, es decir, provocado por la expresión directa de la voluntad libre, consciente e informada del afectado*), el propio titular de la vida solicita su muerte; en el **aborto**, una tercera persona (*la propia madre o un representante, cuando dicha mujer es una menor*) decide poner fin a la vida que reposa indefensa en el vientre y esta vida no está allí por casualidad. Son, por tanto, situaciones ya inicialmente **distintas** bajo este abordaje estructural, aunque expresen un contenido **semejante** e incluso **igual** con otras características (*en fin, en ambas se elimina la vida, a partir de un acto de consentimiento {auténtico} válido y eficaz, siempre y cuando la libertad y la dignidad humanas deban, a causa de razones lógico-jurídicas, ponerse por encima de la preservación de la vida*).

Finalmente, es **deducible** que no se trata aquí de buscar el fundamento para **ciertos** casos de eliminación de la vida, en situaciones **puntuales** de eutanasia y aborto, a través de una distorsión hermenéutica de su protección<sup>836</sup>, sobre todo constitucional. Sí para el desarrollo de la personalidad por medio de la **prevalencia**

---

<sup>836</sup> En este sentido EDUARDO ESPÍN (*Los derechos de la esfera personal* – *Derecho Constitucional* – *Volumen I... cit.*, p 221) escribe que “el derecho a la vida no comprende el de ponerle fin; pero el derecho a la integridad física y moral sí abarca, sin duda alguna, la totalidad de la vida e incluye, por consiguiente, el derecho a una muerte digna, como última fase de la vida humana”.

equilibrada de otros criterios de valoración normativa y contenido material en la misma horizontalidad legislativa (*la dignidad, la libertad de la persona, la personalidad como un todo*), ante situaciones reales y excepcionales, lo que significa la garantía de empleo del mecanismo jurídico y político, constitucional y penalmente, más adecuado y justo exactamente de respeto a la vida, permitiendo por ello la expresión válida y eficaz del *consentimiento* atípico. Además, el tema de la vida, destacadamente en el marco de un sistema jurídico abierto, refleja siempre lo más profundo de nuestras propias creencias interiores, mientras seamos coherentes y verdaderos con nuestra propia naturaleza y esencia de vivir.

## 1.1 CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA EUTANASIA INDIVIDUAL Y A PETICIÓN<sup>837</sup> RESTRICTIVA.

¿Constituye la **eutanasia** un **homicidio**? Cuando partimos del concepto doctrinal amplio – *con respaldo jurisprudencial* – de que el homicidio significa el comportamiento por el cual alguien quita la **vida** de otro semejante, sí es un homicidio básico (*o, como mínimo, una modalidad suya*) la eutanasia, pero la **activa** y, sobre todo, la **directa**, incluso así pudiendo ser acogido de conformidad a la normativización general de los CPs<sup>838</sup>, al tratarse de supuestos sin *consentimiento/solicitud* expreso, serio, etc., del afectado<sup>839</sup>.

---

<sup>837</sup> Analógicamente “a la denominación alemana de la conducta recogida en el § 216 StGB”, como recuerda OLMEDO CARDENETE (*Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 147), dicha eutanasia es referida por algunos como “homicidio a petición”. Otros la denominan homicidio-suicidio, auxilio ejecutivo al suicidio.

<sup>838</sup> Ejemplos: en España: art. 138 del CP (“el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”); en Brasil: art. 121, *caput*, del CP (“matar a alguien: pena – reclusión de 6 {seis} a 20 {veinte} años” – el original en portugués: “matar alguém: pena – reclusão de 6 {seis} a 20 {vinte} anos”); en Alemania: § 212 I del StGB (“quien mate a una persona sin ser asesino, será castigado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años” – traducción española del *Código Penal Alemán... cit.*, p 127); en Portugal: art. 131º del CP (“la persona que matar a otra es punida con prisión de 8 a 16 años” – el original en portugués: “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”); etc.

<sup>839</sup> Para OLMEDO CARDENETE, en *Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 105 y 106, “la inducción al suicidio, así como la cooperación necesaria en éste o en la eutanasia activa directa, no pueden ser clasificadas ni como ‘homicidio’ ni como formas del mismo”, ya que están fuera tanto del concepto común del término como del técnico-jurídico, que exigen que alguien dé causa directa a la muerte de otro.

No obstante, es oportuno comentar que, genéricamente, cuando median contextos variados y motivaciones humanas heterogéneas, especiales y ajenas al *dolus malus* en el ámbito de la privación de la vida, el significado elemental y la propia idea técnica de homicidio sancionable **puede** sufrir variaciones hacia un comportamiento de naturaleza jurídica efectivamente distinta, es decir: **justificado** (*estado de necesidad, cumplimiento de un deber, legítima defensa, eutanasia {que no sea activa} practicada bajo un consentimiento presunto*) e incluso **atípico**. Esto, siempre y cuando, a través del **consentimiento auténtico**, la legitimidad de la imposición de la libertad y de la dignidad<sup>840</sup> humanas (*incluso renunciando a tratos inhumanos o degradantes*<sup>841</sup>), **excepcionalmente** como bienes jurídicos protegidos por encima del deber de preservación de la vida, significando el inequívoco mecanismo de desarrollo de la personalidad, es **necesaria** como expresión de indudable justicia personalista contra el mero autoritarismo estatal (*p.e.: una eutanasia libre, seria y directamente solicitada por un enfermo terminal e incurable que sufre padecimientos horribles*), lo que, recuerdo, tiene base **constitucional** (*y, por tanto, legislativamente superior*) desplegada sobre los CPs. De ello, aún con notoria **timidez** legislativa, hace años que de cualquier modo han empezado a surgir infraconstitucionalmente los tipos de privación de la vida con injusto penal más blando y su consecuente penalización más limitada (*España, Alemania, Portugal, Brasil, etc.*), significando una deducible forma homeopática de aceptación (*bajo su forma conservadora*) gradual (*a lo que con más atención me referiré más adelante, en el ítem “1.1.10” {“La cuestión del reproche legal”}*) de la realidad positiva que representa para los derechos inherentes a la personalidad del individuo el procedimiento eutanásico en

---

<sup>840</sup> Sobre la dignidad, merece recordar la cita de SEGURA GARCÍA en ‘*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas*’ – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal.. cit.*, pp 891 y 892, incluso invocando a VIVES ANTÓN (n.p. 32): “en la actualidad, y desde la II Guerra Mundial, la doctrina constitucional mayoritaria toma como punto de partida la idea de la dignidad del hombre y `esa dignidad exige tratar al hombre como fin y proscribiera considerarle como un simple objeto. La dignidad así concebida sólo puede predicarse de un ser capaz de regirse a sí mismo, de sustraerse a las determinaciones de la naturaleza y guiarse por la razón: en suma, de un ser dotado de la libertad de elegir que, en la vida diaria y en el uso común del lenguaje, atribuimos al hombre”.

<sup>841</sup> En este sentido, p.e. ZUGALDÍA ESPINAR (‘*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia*’ - *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 238) cita que “está absolutamente fuera de discusión la idea de que es inadmisibles – por razones vinculadas a la dignidad de la persona y a la interdicción de los tratos inhumanos y degradantes (art. 10 y 15 de la constitución Española) – que la vida de una persona se pueda mantener y prolongar de una forma irrazonable y desproporcionada (casi ilimitada), produciendo en el enfermo, posiblemente o con seguridad, unos sufrimientos que le impidan morir en paz y con dignidad”.



general, mientras sea utilizado bajo **rigurosos** criterios legales restrictivos, responsabilidad y a nivel de último recurso de alivio terapéutico.

La actividad científica y médica-tecnológica se ha desarrollado a lo largo de los siglos, y sobre todo desde mediados del siglo XX, de forma extremadamente satisfactoria para el beneficio de la persona y con patentes reflejos en el ámbito jurídico-penal, civil, constitucional, claramente **interesantes** y no menos **preocupantes**, motivando continuos debates (*incluso también sociológicos, filosóficos, religiosos, éticos*) a su respecto. Por **una parte**, salva vidas y mejora las condiciones existenciales de las personas de manera antes inimaginable. **Por otra**, se ha tornado capaz de prolongar la vida artificialmente a individuos desahuciados (*distanasia*), también de modo antes poco o nada creíble, aunque en determinados casos imponiendo lo que para algunos constituyen **sufrimientos** penosos, humillantes, degradantes, haciendo emerger la determinada disposición de algunos afectados de poner fin a la propia vida, acudiendo a su libertad para reclamar el respeto justo a su dignidad y al desarrollo de su personalidad<sup>842</sup>.

El tema de la **eutanasia**<sup>843</sup> individual y restrictiva para casos puntuales, por fidelidad a su propia historia y coherencia a los fines reales a que está destinado, es decir, de valoración y respeto a la dignidad y a la libertad, sobre todo, de la persona, al suavizar y extinguir sufrimientos poco o nada soportables humanamente, lo trataré bajo su **terminología original**, de cuna griega (**eu** {buena}, **thánatos** {muerte}<sup>844</sup>) y propuesta por Sir FRANCIS BACON<sup>845</sup> – *el que incluso, como recuerda MORILLAS CUEVA*<sup>846</sup>, *fue*

---

<sup>842</sup>SEGURA GARCÍA ('*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas*' – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 888), recordando a ARMIN KAUFMANN, cita que "la segunda mitad del siglo pasado ha asistido a lo que Kaufmann denominó la quiebra del principio de la protección *absoluta* de la vida, consecuencia de los avances de la Medicina".

<sup>843</sup> Entre muchos autores sobre el tema, tratándolo social, política y jurídicamente, con la idea general de que la libertad de la persona necesita estar asegurada tanto para el ejercicio de vivir como para decidir hasta cuándo vivir, bajo determinadas condiciones de extremos sufrimientos terminales o sin cura, véase también a FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, en '*Auxilio al suicidio en enfermos terminales y eutanasia*' (311/350) – *Estudios jurídico-penales sobre genérica y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. FERRANDO MANTOVANI (coordinadores: Ignacio F. Bénitz Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera)* –, Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.

<sup>844</sup> Entre otros, lo recuerdan etimológicamente, p.e., SALVADOR URACA Martínez ('*Eutanasia: concepto y contexto*' – *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, pp 43 y ss); ROBERTO GONDIM, José (*Eutanásia, disponible en <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>*); ACI Digital (*Eutanasia, disponible en <http://www.acidigital.com/eutanasia/index.html>*). Me Refiero a "buena muerte" como significado de muerte lo menos sufrida posible y con respeto a la dignidad de la persona y a la libertad que igualmente le es inherente.

<sup>845</sup> Filósofo, político y magistrado inglés (1561/1626). Véase, del año 1623, a *Historia vitae et mortis*.

“quien por primera vez se aproximó al término eutanasia en la dimensión en la que actualmente parece ser comprendida por sectores mayoritarios, al afirmar que ‘compete al médico proporcionar la salud y suavizar las penas y los dolores, no solamente cuando ese suavizar pueda llevar a la curación, sino cuando pueda servir para procurar una muerte tranquila y fácil’” –. Así, lo haré **oponiéndome** frontalmente a las distorsiones semánticas que algunos ilustres investigadores han intentado imponerle a lo largo de sus muchos y variados pasajes, a partir de la inserción de cierto contenido emocional<sup>847</sup> inadecuado jurídicamente<sup>848</sup> y no siempre bienintencionado. La eutanasia es un tema polémico<sup>849</sup>, y como tal necesita ser **afrontado** sin discriminaciones ni apegos formales o ético-religiosos<sup>850</sup> monoculturales que exigen sacrificios poco o nada soportables e incluso

---

<sup>846</sup> En *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p XVII.

<sup>847</sup> “Muerte dulce”, por ejemplo, lo recuerda MANTOVANI (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Italia’ {Traducción de Jesús Barquín Sanz y Jesús Martínez Ruiz} – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 83). Desde luego, tanto el tema de la eutanasia como el del suicidio, son tratados por ese maestro italiano, en dicha obra jurídica, expresando un significado en cierto modo extremo bajo la concepción personalista del derecho (“el corolario de la concepción personalista es el principio de la indisponibilidad de la persona, principio que comporta una fundamental distinción entre: a) la disponibilidad *manu propria*, que es lícita o jurídicamente tolerada; b) la disponibilidad *manu aliena*, esto es, respecto de terceras personas privadas o públicas, que es antijurídica” – *idem supra*, p 88). MANTOVANI considera indisponible la vida de manera muy amplia (*ibidem*, destacando las pp 85 y ss) y contrariamente a situaciones puntuales de contexto eutanásico consentido, como son defendidas en esta investigación. No obstante, estoy seguro de que las perspectivas eutanásicas a las que me uno son también expresiones de personalismo. En cuanto al utilitarismo (que no es del todo condenable, *data venia*), cuando es impuesto por encima del bien y del mal, significa un punto de vista jurídico que obviamente no se presenta inmune a determinados excesos jurídicamente condenables.

<sup>848</sup> Hay una determinada antipatía entre algunos científicos hacia la utilización de la terminología eutanasia, especialmente en algunos sectores Alemanes, a causa de lo negativo que ha significado durante el período del nacional-socialismo (ROXIN, en *Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania’ {Traducción de Miguel Olmedo Cardenote} – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 3, n.p 1, se refiere de manera crítica a la cuestión, optando muy decididamente por tratarla como eutanasia). Todavía en este sentido, el mismo ROXIN (*idem supra*, pp 33, 37 y 38, incluso citando a la “poco honrosa” teoría de la “destrucción de la vida sin valor” de BINDING/HOCHE de 1920, que fue utilizada por la paranoia genocida de Adolf Hitler. A la eutanasia nazista, MORILLAS CUEVA (*ibidem*, p XXII, *in fine*) se refiere como “los tristemente célebres casos de exterminio de enfermos mentales durante la Alemania nazi”. A mi juicio, huir del término es algo incluso muy poco lógico humanamente: su cuna lo legítima. No se puede sin más justificar el desprecio a dicha adecuación terminológica original. Los excesos político-históricos, ante los cuales se utilizó inadecuadamente la terminología eutanasia, en nada, racionalmente, hacen desmerecer, jurídicamente, el término y sobre todo hoy día, cuando vivimos en un mundo en pleno desarrollo que intenta serlo de manera general, sin apego a cuestiones meramente gramaticales y como si su olvido, ridículamente, fuera capaz por sí sólo de negar la historia, inscrita en el mármol de los tiempos que jamás deberían haber existido.

<sup>849</sup> CICERÓN, MarcoTulio (Cónsul, orador y pensador romano – 106/43 a.C.), enfocó a la “muerte digna, honesta, gloriosa”; SÉNECA, Lucius Aneus (filósofo estoico y escritor en Roma, pero de cuna cordobesa española – 4 a.C./65 d.C.), dijo que “es preferible quitarse la vida, a una vida sin sentido y con sufrimiento”. Véase los puntualmente, v.g., en cita de MORILLAS CUEVA (*Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p XVII, *in fine*).

<sup>850</sup> SEGURA GARCÍA (*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’ – Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 887), respecto al tema en España, cita que “la fuerte influencia en nuestro país de la Religión

a veces inhumanos de la persona; ello, además de lo que la **naturaleza** personal del afectado permite, cuando se la considerado en su individualidad y su sociabilidad.

La eutanasia de la que **básicamente** me estoy ocupando, y así permaneceré, sobre todo a lo largo de todo este ítem, es aquella en que el titular del bien jurídico: **a) consiente**, de modo directo, libre, informado y consciente, en interrumpir su vida, superponiendo legítimamente su dignidad y su libertad en el ejercicio del **derecho** de vivir (*bienes protegidos*) en detrimento del **deber** de mantener una existencia sin más sentido para él (*bien renunciado*), antes de que naturalmente llegue su muerte psíquico-somática; **b) consiente**, expresando su voluntad de manera **indudable** y **seria**; **c) consiente**, porque **sufre** una enfermedad terminal en su contexto existencial o un mal orgánico, en ambos casos **sin cura** e imponiendo al afectado **graves** padecimientos; **d) consiente**, para que, de modo activo y **directo**, la intervención de un tercero provoque su muerte<sup>851</sup> o bien dicha tercera persona **participe** de algún modo en su realización<sup>852</sup>.

Desde luego, una vez agregados los cuatro apartados supra-tratados, además de otros criterios complementarios de seguridad jurídica (*informes médicos, mediación judicial, etc.*), **también** el *consentimiento* en este área temática (*la vida*) se me presenta con efecto (*naturaleza jurídica*) constitucional-penal **atípico**, a partir de su evaluación en el ámbito de la teoría monista como la planteo, pues el afectado, en una situación patentemente **excepcional**, impide la lesión del bien originariamente protegido por el Derecho punitivo con su consentimiento/solicitud. Dicho bien se pone **disponible** de modo inequívocamente especial (*¡pero se pone!*), cambiando su *status* formal para el

---

católica en la elaboración y mantenimiento de las reformas morales dominantes de la sociedad ha dado lugar a que, de forma indubitada, hasta no hace muchos años, se haya rechazado, por amplios sectores de la población {y de la doctrina} la posibilidad de que una persona disponga libremente de su vida y de su salud". Y añade: "pero en los últimos años se ha producido una profunda transformación social de las concepciones morales mayoritarias, que nos han conducido desde una sociedad con un modelo de moral de código único, a un modelo pluralista que respeta, o al menos lucha por respetar, los diferentes códigos morales de cada una de las personas que conviven en una sociedad multicultural". La autora española, con una conclusión que sirve igualmente al problema de la disponibilidad de la vida y de la salud también, *verbigracia*, en Brasil – donde una interpretación abierta a criterios jurídicos lógicos y sin conservadorismos restrictivos de la Constitución permite que en ciertos casos la vida y la salud puedan estar disponibles –, complementa que "Esta diversidad ha dado lugar a que se estén poniendo en duda determinados dogmas, no controvertidos hasta el momento, entre los que se encuentra, precisamente, aquel rechazo absoluto a la indisponibilidad de la propia salud".

<sup>851</sup> Y consiente, solicitando o implorando jurídicamente r su muerte; exigiendo que humanamente no le permitan que permanezca sufriendo lo que ya no soporta su dignidad.

<sup>852</sup> De modo semejante, y antes, en lo que a esos cuatro puntos se refiere, *vide* a BARQUÍN SANZ, Jesús ('*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*' – '*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en*

de objeto del hecho. La eutanasia, restrictivamente considerada, no puede corresponder al significado jurídico o común de matar, pues su contexto estructural, cultural, sociológico, ético-filosófico es claramente distinto; es como si a través de ella se estuviera permitiendo que un pájaro enjaulado pudiera volar, tras haber perdido su libertad y su dignidad, aprisionado en un sufrimiento que soporta más y que no lo deseó **jamás**. No se mata típicamente con la eutanasia activa y directa, según la descripción legal que le corresponde, sino que se **alivia** al afectado del peso de un sufrimiento inhumano para su personalidad, como un acto de significado nuclear jurídicamente distinto de aquél que el derecho penal describe como reprochable y típico. En dichas condiciones, el bien sobre el que consiente su titular es elevado a la misma horizontalidad jurídica disponible de otros y es accionado para **desplegar** efectos contra cualquier interés jurídico-penal, expresando la voluntad del titular respectivo que, para el desarrollo de su personalidad, elige lo que más le conviene bajo el ejercicio de una libertad constitucionalmente asegurada.

Es cierto que, si la eutanasia individual, activa, directa y restrictiva a casos excepcionales, por supuesto consentida, significa un procedimiento jurídico-constitucional (y *consecuentemente penal*) **válido y eficaz**, debiendo alejar cualquier tipo de reproche en el ámbito de los Estados sociales y democráticos de Derecho (*España, Brasil, Alemania*), de conformidad a una hermenéutica **liberal** (*jamás libertina*), **progresista** (*con criterios rigurosos*) y sintonizada con la **expansión** de los Derechos fundamentales (*valorando el status creciente de la persona al asegurar el desarrollo de su personalidad*), entonces los demás supuestos eutanásicos (*activo indirecto, pasivo, pasivo por acción*) mucho más deben significarlo, dispensándome ello de prolongar mis argumentaciones. Esto implica que pueden reconocerse y criticarse, a partir del nivel hermenéutico-constitucional – y *con todo respeto a los que entienden de modo diverso* –, las **inadecuadas** tipificación y sanción formales del procedimiento eutanásico, todavía contenidas en muchas de las Leyes penales hodiernas, lo que ya exige una intervención más pertinaz del **legislador** infraconstitucional para ponerse mejor de acuerdo a dicha *Lex* suprema: la Constitución. Sí, el reproche penal-formal de la eutanasia está en contra de la Constitución laica, social y democrática en los casos excepcionales apuntados en esta investigación, dependiendo de qué criterios (*más abiertos o más restrictivos* – y el *contenido constitucional debe dilatarse siempre cuando asegure Derechos*

---

*España' – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 160), que condensa “el tipo sin renunciar en exceso a la exactitud”.

*fundamentales*) sean empleados para interpretar e identificar el verdadero y más justo sentido de las normas, principios y valores, sobre todo, contenidas en aquélla, ante el caso real, es decir, acertadamente expandiendo y garantizando Derechos fundamentales e inherentes a la condición de la persona humana.

Evidentemente no hay **libertad** sin **vida**. Tampoco puede haber **vida**, **dignidad**, desarrollo de la personalidad, ética, autenticidad y respeto humano, sin **libertad**. La libertad significa uno de los **fundamentos** de la **auténtica** existencia natural, social, política, filosófica e institucional del hombre, aunque obviamente **sin** los **excesos** perjudiciales a la propia persona humana y a los verdaderos **intereses** del Estado. Esto, tampoco pretende sacrificar el personalismo del individuo.

Recordando a JOHN LOCKE<sup>853</sup>, en el sentido de la justa **valoración de la persona** ante las crueldades del formalismo autoritario e incluso déspota, merece la pena citar que “la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla”.

La eutanasia expresa dos **significados** fundamentales: uno **amplio** y otro **estricto**, aunque ambos, por supuesto, abarquen solamente situaciones restrictivas, digo mejor, excepcionales.

En la **eutanasia amplia**, la muerte natural del afectado **no está** terapéuticamente cerca, aunque a él ya no interese continuar viviendo por razones jurídica y humanamente comprensibles (*un cuadro en que alguien ha sufrido múltiples amputaciones – brazos, pierna, ojos – y que consecuentemente impiden a dicha persona hacer algo por sí sola, causándole padecimientos que le resultan penosos, indignos, inaceptables, por ej.*).

En la **Eutanasia estricta**, la muerte **está** cerca, es decir, “la ayuda es suministrada después que el suceso mortal haya comenzado”, como recuerda,

---

<sup>853</sup> Antes, v.g., también lo cita ARAMIS NASSIF (*Sentença Penal – O despertar de Themis... cit.*, p 6).

verbigracia, ROXIN<sup>854</sup> (*un caso de carcinoma cerebral terminal con sus dolores y sus delirios terribles y muy característicos, p.e.*).

Además, de manera general, son **cuatro los grupos**<sup>855</sup> de casos dentro de los cuales es jurídicamente característico evaluar la relevancia o no del procedimiento eutanásico.

El **primero**, la **enfermedad terminal** (*significado estricto*). Se trata de un concepto que exige especial **atención** del jurista, sobre todo. Significa un mal orgánico conceptualizado médicamente como enfermedad y que acerca **indudablemente** al afectado a la muerte o resulta considerable el riesgo de su ocurrencia próxima, aunque por supuesto aún **inequívocamente** sin posibilidad de cura en aquellas circunstancias, y que cause sufrimiento grave, inhumano humillante y/o degradante (*ejemplos: determinadas situaciones en casos de SIDA, cáncer, politraumatismo, quemaduras de tercer grado, etc.*).

El **segundo**, la **enfermedad incurable con situación inhumana y/o degradante** (*significado amplio*). La situación terapéutica del paciente **seguramente** no tenga cura, aunque no se presente como un peligro o una amenaza inmediata de muerte, debiendo igualmente imponer al individuo un gran padecimiento (*inhumano y/o degradante*) físico y psíquico, considerándose para tal conclusión **tanto** los aspectos generales de un individuo con patrón de sociabilidad normal **como** aquellos peculiares a dicho enfermo a causa de la respectiva enfermedad (*ejemplos: un soldado americano superviviente de la guerra*<sup>856</sup> *de Irak que tubo amputados sus brazos, una pierna y ha resultado ciego, sin mover el cuello, a causa de trozos de metralla que lo alcanzaron durante una explosión; un tetrapléjico que lleva varios años en una cama expresando un grave padecimiento inequívoco; etc.*).

No obstante, la **enfermedad incurable** representa una terminología, por sí sola, ambigua. Me explico, ella, de cierto modo reitero, necesita redobladas cautelas para

---

<sup>854</sup> 'Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania' – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., p 3.

<sup>855</sup> GIMBERNAT ORDEIG ('Eutanasia, Constitución y Derecho Penal' - Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit., pp 207 y ss), p.e., hace una distinción en tres grupos de supuestos muy interesante.

<sup>856</sup> GIMBERNAT ORDEIG (*idem supra*) cita el ejemplo "del protagonista de la película *Johnny cogió su fusil*".

su evaluación técnica-médica hacia los fines jurídicos eutanásicos lícitos, pues de otra manera la referencia genérica a **enfermedad incurable** puede, a grosso modo y bajo dicha carencia técnica, constituir un espacio semántico y con significado y efectos jurídicos viciados e incompletos, admitiendo situaciones que huyan de la seriedad del tema, al permitir llevarlo a discusiones radicales y extremadamente peligrosas en lo que a una ausencia de garantía jurídica para la preservación de la vida se refiere. Llamo la atención al hecho de que, del mismo modo incurables – *y a veces causan notable dolor* –, son determinadas artritis reumáticas, ciertas uretritis crónicas, algunas dolencias hepáticas, los males de Parkinson y de Alzheimer en etapas iniciales y medianas, situaciones de neurosis crónicas, etc., etc., etc., que son enfermedades que **jamás** podrían fundamentar una intervención eutanásica con sus patologías, efectos y secuelas patrón.

Y todavía refiriéndome **tanto a enfermedad terminal** (*cuando el paciente está inequívocamente desahuciado con su muerte próxima anunciada*) **como a enfermedad incurable** con patente e insoportable sufrimiento del afectado, es adecuado **enfocar** y criticar un argumento apasionado y apelativo que parte de los que están contra el procedimiento eutanásico suelen invocar. Me refiero a la perspectiva de que una enfermedad **hoy incurable** podría **no serlo mañana** – *como situación ideal está bien hecha la observación, pero como hecho real se trata de un equívoco material* –. Dicho punto de vista de una cura, exactamente por ser en principio sólo imaginable, tampoco contribuye a desmerecer la eutanasia en cualquiera de los aspectos que la fundamentan, pues aunque en lugar de un mero deseo contenido en esta apelación, igualmente si dicho mañana fuera el mañana inmediatamente después de hoy, aún así la dignidad del afectado podría no soportar la espera de la **pretendida** recuperación, lo que es algo extremadamente personal (o **personalísimo**). Además, lo cierto es que este mañana incógnito al que se agarra dicha argumentación apelativa característicamente significa nada más que la condena de la libertad, de la dignidad y del desarrollo de la personalidad del afectado a un sufrimiento normalmente de por vida que él no eligió y del que quiere libertarse reclamando el respeto **jurídico y humanitario** a los derechos inherentes a su personalidad que, en determinadas condiciones excepcionales, se ponen constitucional y penalmente por encima del deber, a veces cruel e insensible, de vivir degradantemente.

El **tercero**, la **muerte cerebral**. El paciente se torna una especie de ser **vegetativo** tras la pérdida completa de la capacidad cerebral y sin arreglo respecto a esto. Aunque no haya certeza ni riesgo de su muerte próxima, y tampoco implique esta situación sufrimientos para él (*que humanamente nada siente*), en este estado el afectado simplemente vegeta, con el cuerpo manteniendo **artificialmente** con aparatos médicos sus funciones vitales complementarias pero sin la mente para comandarlas y sin posibilidad clínica ni quirúrgica (*terapéutica*) ninguna de **recobrar** dicho comando (*ejemplo: los médicos diagnostican que un paciente ha perdido completamente sus funciones cerebrales sin posibilidad de recobrarlas, a causa de un violento accidente automovilístico, quedándose sólo artificialmente con sus funciones orgánicas básicas en el resto del cuerpo: respiratoria, cardíaca, renal*). Es decir, que la persona **muerta cerebralmente** se trata casi totalmente en **todos** sus amplios significados existenciales (*ético, sociológico*) de alguien muerto, no de un vivo, manteniendo artificialmente una llama de vida exclusivamente física, más como una forma conservadora y relativa de órganos, a través de los recursos médicos modernos, digo mejor, se trata de un muerto sólo aparentemente vivo, pues médica y también jurídicamente la falencia cerebral **absoluta e irreversible** es lo que **determina** la muerte de un individuo<sup>857</sup>; un muerto, por tanto, en su evidente significado científico; alguien que, sin cerebro, jamás podrá, ante los medios médicos conocidos, regresar al estado que, jurídica, filosófica, cultural, médicamente se nombra efectivamente vida.

Desde luego, cuando la persona se encuentra en estado de **muerte cerebral**, es decir, esencialmente muerta, y sus familiares o su representante consienten en desconectar los aparatos que mantienen únicamente ciertas funciones vitales, la conducta se me presenta inequívocamente **atípica**<sup>858</sup>, pues ya **no es posible matar a**

---

<sup>857</sup> En el mismo sentido lo recuerda GIMBERNAT ORDEIG (*ibidem*, p 208), citando adecuadamente los ejemplos, en España, del “jugador del Atlético de Madrid Martínez, y en Estados Unidos” el que sucedió “con Karen Ann Quinlan”. Aprovecho para referir la regulación en España, referente a la Ley nº 30/1979 (art. 5.1), acerca de la extracción de órganos, y al Real Decreto nº 2070/1999, de 30 de diciembre, en el que se regula la actividad de obtención y utilización clínica de órganos humanos.

<sup>858</sup> Sin embargo, cuando la persona titular del bien jurídico hizo un testamento vital o expresó su voluntad inequívoca sobre cómo deberían tratar a su cuerpo en aquella situación específica de muerte cerebral, si por ventura ocurriera, y si su voluntad libre deseó que se la mantenga como un vegetal (o si resulta seguramente presumible esta manifestación del muerto clínico), entonces se tiene el obvio deber de atenderla. No obstante, en caso de ser autorizado por terceros representantes, en dichas circunstancias, que se desconecten los aparatos de manutención artificial de las funciones vitales restantes del paciente contra su voluntad expresa o presunta, tampoco se podrá, jurídico-penalmente, hablar de homicidio clásico o de eutanasia propiamente dicha, pues igualmente se estará “matando a un muerto” (el tipo penal atendido en dichas circunstancia ha de ser otro: desrespeto (falta de respeto) a los muertos, p.e., aparte las responsabilidades de orden civil



**quien ya está científicamente muerto.** Sí, porque al fin y al cabo un muerto cerebral es un muerto en su concepto básico de no tener más vida y tampoco poder volver a tenerla<sup>859</sup>, si se consideran los recursos médicos conocidos para ello.

En este contexto de muerte cerebral, también referido como **muerte clínica** – *que debe ser ratificada, como mínimo, por tres médicos especialistas* – y que puede durar días, meses, semanas e incluso años, media un factor **exógeno** al que suele atribuirse importancia humanamente **solidaria** o **altruista**: siempre y cuando una vida vegetativa es llevada a sus extremos artificiales, sea por capricho médico, de familiares o de representante, sea por convicciones de otro orden (*religiosas, esperanzas ficticias, desinformación, p.e.*), no obstante se constituya un procedimiento legal si el afectado, expresa o presuntamente, no deliberó de otro modo, puede que los órganos del paciente, que podrían ser utilizados para trasplante en necesitados aún “vivos-vivos” (*córneas, hígado, corazón, riñones*) garantiéndoles la supervivencia normal, al fin y al cabo resulten imprestables (*ejemplos: deterioración por inercia, putrefacción gradual*). **Aún así** – *como he referido en nota al pie precedente, y hago cuestión de repetirla en resumen a causa de su importancia personalista* –, cuando el muerto cerebral ha **fijado** en testamento vital o expresado de otro modo su determinación inequívoca, o se deduce seguramente, de ser mantenido por aparatos médicos hasta la plena parada o descomposición orgánica de su cuerpo, es muy lógico y justo, con indudable legalidad y juridicidad, que se esté obligado a respetar la expresión de su voluntad, como manifestación de **garantía y seguridad** jurídicas, desde su base constitucional<sup>860</sup> (*dignidad, libertad, desarrollo de la personalidad, justicia, etc.*).

---

correspondientes). En estos casos en los que no se respeta la voluntad del muerto clínico, es posible que algún familiar autorice desconectar los aparatos, v.g. para el recibimiento anticipado de la herencia, lo que hace importante la participación de los médicos y motiva la oportunidad de que en estos casos medie el Poder Judicial, como forma de cumplimiento de las disposiciones últimas del sujeto.

<sup>859</sup> Añado, para comprender mejor la muerte cerebral, que se puede dividir la vida humana en dos partes esenciales: la exclusivamente cerebral y la somática restante (pulmonar, circulatoria, hepática, renal, cardíaca), las que solamente juntas mantienen la vida en su significado real. Aún hoy día, cuando cesan funciones vitales del organismo (corazón, pulmón, etc.), las demás las siguen y en consecuencia para el cerebro de la persona y el estado de muerte se impone en su plenitud. Sin embargo, los avances de la medicina han permitido que, en ciertas situaciones patológicas, cuando inicialmente cesa la actividad cerebral, aunque de manera definitiva, permanezcan artificialmente en funcionamiento algunas de las funciones orgánicas complementarias vitales, sin ninguna posibilidad de reactivación de la vida en su acepción auténtica. Ello significa que en estos contextos ya existe una muerte y se está artificialmente impidiendo que se concrete, incluso como el cierre del ciclo natural de la persona humana: nacer, vivir y morir.

El **cuarto**, la **inconsciencia duradera**. En ella, en principio el paciente no sufre y **mantiene** tanto sus órganos e incluso su mente en funcionamiento, con la particularidad de que ésta se acomoda en **estado dormido** y no se la consigue despertar clínica y tampoco quirúrgicamente, habiendo no pocos registros de personas que se han despertado y retomado una vida normal tanto por razones desconocidas científicamente como presumibles o deducibles fuera del común reactivo humano. Además de otros ejemplos más cercanos, son clásicos (*e incluso bíblicos*) la letargia y la catalepsia (*Lázaro, la hija de Jairo, el hijo de la viuda de Naim*); también ciertos traumatismos craneanos, etc. Sin embargo, pueden acaecer situaciones, todavía menos comunes, en las que la persona pierde los movimientos y la voz pero **escucha** lo que hablan en su entorno y se entera de todo ello (*imagínese alguien oír que otros programan su muerte sin que él la desee*).

La **inconsciencia duradera** constituye un **caso aparte** que, inicialmente, no considero en absoluto dentro del marco jurídico-penalmente válido y eficaz de cualquier hipótesis eutanásica, sea con desdoblamiento **impunible**, todavía menos como causa de **justificación** y mucho menos de **atipicidad**. Sí la quitación de la vida en supuestos puros de inconsciencia duradera es un hecho patentemente **homicida** y como tal necesariamente **sancionable** – *en él se está efectivamente matando a una persona indudablemente viva y, de manera muy cierta, contra su voluntad, como mínimo previsible, lo que aumenta la responsabilidad criminal del homicida* –.

Incluso, si **anteriormente** al estado de **inconsciencia duradera** el afectado **firmó** un testamento vital o expresó su voluntad en el sentido de que desearía que le quitaran la vida si se encontrara en tal estado de morbilidad, aún así permanece el hecho como un **homicidio punible**, con la evidente indisponibilidad del bien jurídico-penal y constitucionalmente protegido, pues a nadie es legal ni jurídicamente posible expresar una voluntad válida y eficaz de no vivir más fuera de los supuestos eutanásicos **restrictivos** que trato en esta investigación (*los que, y sólo ellos, ponen en juego la dignidad y la libertad de la persona con sufrimientos insoportables y sin cura, con la muerte próxima en una enfermedad incurable, o con la muerte cerebral instalada irreversiblemente*). Admitir la relevancia de un **consentimiento** en tal situación, aunque

---

<sup>860</sup> Recuerdo, en España, a los arts. 1.1, 9.1.2 y 3, 10.1 y 2, 24.1; en Brasil, a los arts. 1º, II y III, 3º, I, 5º, *capuz* y II, III, XXV, XLI, VI; etc.

haya sido manifestado de forma inequívoca, significaría banalizar el valor y el contenido normativo y material de la vida, de la dignidad, de la personalidad humana, permitiendo la instalación de una cultura de disponibilidad inaceptable y licenciosa del más importante y protegido de todos los bienes, aunque no del todo inaccesible: la **vida humana**. Sí porque el estado de inconsciencia duradera contiene un desarrollo **imprevisible** científicamente y en ello estaría el afectado autorizando su propia muerte casi sólo por hacerlo, es decir, fuera de cualquiera de las hipótesis eutanásicas que pueden legitimar dicho comportamiento.

**Además de todo** – y en cualquiera de las situaciones de enfermedad terminal y de enfermedad incurable con situación inhumana y/o degradante para la persona –, un aspecto de envergadura **procesal** con notables reflejos **penales**, a mi juicio imprescindible (a parte de la intervención médica especializada en la enfermedad), se refiere a la **extrema** garantía que representa la necesidad de evaluación **psicológica** y/o, a su caso, **psiquiátrica** (a veces también complementariamente **sociológica**) del afectado. Si, porque sólo entonces es posible técnicamente enterarse la autoridad **competente** con seguridad respecto a las verdaderas condiciones de libertad (*sanidad, autodeterminación*) y consciencia mental informada o no del afectado para consentir una eutanasia y de ello **resultar** su validez y eficacia jurídico-penal y constitucional. Lo **mismo**, con respecto al deber del **familiar** o del **representante** del afectado de someterse a dicha evaluación, en principio mental, si la autorización para la eutanasia debe partir de cualquiera de ellos, aunque naturalmente siempre y cuando no haya un testamento vital<sup>861</sup> ni la voluntad expresada de otro modo, anterior e inequívocamente conocida del legítimo titular del bien.

Así, dicha perspectiva de evaluación mental, y en ciertos casos social, del que va a consentir se me presenta muy lógica y puntual como exigencia material y general que se debe imponer jurídico-penalmente para esos casos en los que se admite la relevante posibilidad lícita de superponer tanto el **derecho** al desarrollo de la personalidad (*libertad, dignidad*) como el **derecho** de vivir en detrimento del **deber** de la preservación de la vida actual, por medio del **consentimiento auténtico**. Y esto es un encargo muy obvio para la evaluación conclusiva y garantizadora del **Poder Judicial**, no

obstante, sin **pasiones** ni **emociones** conservadoras y tampoco cruelmente **formales**, exclusivamente **gramaticales** y sin mirada **constitucional** a los Derechos fundamentales en expansión, por parte de sus jueces legalmente competentes. Todo, sin desmerecer de cualquier modo la responsabilidad y la credibilidad médicas, ya que las garantías que necesitan ser resguardadas jurídicamente no se puede exigir en **igualdad** a los demás profesionales de áreas distintas de la actividad humana, sino de la majestad jurídica.

Otro punto que me parece extremadamente **relevante**, al tratar jurídicamente ese contexto tan melindroso como lo es el que investiga la **eutanasia**, se refiere a que tampoco se puede **exigir** jurídicamente al médico que practique un comportamiento eutanásico (*sea activo o pasivo*), siempre y cuando ello no esté de acuerdo a la mezcla de sus convicciones personales y profesionales y así lo argumente él. El profesional de la medicina, o incluso alguien bajo sus órdenes, puede estar de **conformidad** (*o al menos parecer estarlo*) humanitaria e ideológicamente con el procedimiento de la eutanasia y muy puntualmente con aquel determinado caso real. Cuando el médico se niega a practicar una eutanasia, dicha actitud omisiva no encaja en el tipo de omisión de socorro, desobediencia al deber médico o algo parecido. Aunque la eutanasia se trate jurídica, ética, filosófica, sociológica e ideológicamente de un medio para **libertar** a alguien de un sufrimiento que ya no soporta más, poniendo en la **cumbre** de la importancia lícito-existencial valores y principios de contenido normativo y material como la dignidad, la libertad, el desarrollo de la personalidad del individuo, **subyugando** así el deber de mantener la vida a cualquier coste para el afectado, ello significa también el cierre de una existencia material y la práctica de la eutanasia no está entre los deberes exactamente formales de cualquier actividad médica<sup>862</sup>; ésta, a su vez, puede libremente acudir a un fundamento personalísimo adverso a la eutanasia, mientras lo crea yo (*y muchos más*) claramente **equivocado**. Además, tampoco deberá estar en modo alguno tipificada o ser sancionable la negativa a participar en una eutanasia, pues la propia estructura axiológica, ideológica, ética, jurídica eutanásica impide que se pueda exigir a alguien que

---

<sup>861</sup> Sobre los testamentos vitales, biológicos o eutanásicos, entre otros véase a ROMEO CASABONA, Carlos María (*Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales* – *Eutanasia hoy. Un debate abierto...* cit., pp 264 y ss).

<sup>862</sup> En este punto es incluso posible al médico invocar su propia ideología religiosa para alejarse de la práctica eutanásica, que tiene su base en la Constitución, no siendo posible exigirle que la practique, más aún cuando hay otros profesionales de la salud aptos e ideológicamente de acuerdo con dicho procedimiento. En España, véase, p.e., al art. 16.1 de la CF: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; en la Constitución de Brasil le corresponde el art. 5º, VIII.

la ponga en práctica, incluso porque si el afectado, esencialmente, consiente solicitando, el autor ha de consentir actuando en este escenario de personalismo jurídico real.

Es **indudable** en todo este entorno introductorio que la **asistencia** medica, social, de la salud publica, familiar, a menudo religiosa, fraternal en general, desplegando esperanza, compañía, comprensión, abnegación, amor, son mecanismos seguramente eficaces para que un determinado patrón de pacientes solicite **cada menos la eutanasia** (por ejemplo: el caso del pentapléjico español {también necesita respirador artificial}, hace 17 años, Luis Lorenzo Navarro, que inicialmente quiso morir, pero fue disuadido del intento y hoy día ocupa su tiempo pintando con la boca, leyendo periódicos, escuchando la radio, utilizando el ordenador y saliendo a la calle, aunque sobre todo deba su disposición de continuar viviendo a los esfuerzos abnegados y altruistas de su mujer y de su hija que, en su caso, lograron éxito<sup>863</sup>). Ello no impedirá las **peticiones** para morir con tranquilidad en supuestos técnicos de eutanasia, pero es claro que las reducirá<sup>864</sup> y quizás sensiblemente<sup>865</sup>. Sí, pues si la persona se **determina** (o así se supone) a morir con dolores y/o sufrimientos, sean de la intensidad que sean, a causa de cualesquiera motivos (*afirmación de su dignidad bajo este prisma, religiosos, éticos, personalísimos*) que signifiquen la libre y lícita expresión de su voluntad, hay que **asegurarle** este derecho, al

---

<sup>863</sup> Reportaje del periódico *20 minutos – Granada/España*, del miércoles 10 de mayo de 2006, p 8 (actualidad). Otros casos mundialmente conocidos que no eligieron la eutanasia: el físico Stephen Hawking (portador de esclerosis lateral amiotrófica {ELA} desde hace 38 años); el actor, fallecido en el año 2004 por causas naturales, Christopher Reeve {el ex-superman del cine}, el que, a causa de una caída de un caballo en 1995, se quedó inicialmente pentapléjico, aunque tras conseguir recuperar satisfactoriamente su respiración quirúrgicamente, pasó a convivir con la tetraplejia; etc.

<sup>864</sup> En este sentido, recuerda ZUGALDÍA ESPINAR (*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia’ – Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 247, *in fine*), a su vez refiriendo a BAUMANN y otros, que “existe la sospecha fundada de que los pacientes no suelen solicitar la muerte con seriedad si se sienten bien asistidos (desde el punto de vista médico y humano), si se les da el afecto necesario (en el hospital o en su domicilio) y si pueden confiar en que llegado el momento de la ‘instauración de la muerte’, no se les va a negar, no la muerte, sino la ayuda en la muerte”. Semejante es el parecer de ROXIN (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania’ – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 33 y 34), aunque invocando el argumento de los que no defienden la eutanasia, al citar que “de acuerdo con la información que suministran los médicos, los pacientes raras veces solicitan su muerte, y que tales deseos de morir pueden reducirse todavía más si se practica una muerte asistida, llena de comprensión humana y una terapia eficaz contra el dolor, que haga desaparecer los motivos para una petición de muerte anticipada (estado de abandono y un sufrimiento insoportable)”.

<sup>865</sup> En España, se calcula, que hay alrededor de 15.000 (quince mil) tetrapléjicos (*vide*, p.e., reportaje del periódico *El Ideal – Diario Regional de Andalucía/España* – del 21 de mayo de 2006, p 72), de los cuales solamente algunos solicitan la eutanasia. De ello resulta, como en todo el mundo, que dichas peticiones no constituyen una regla, sino un fenómeno excepcional, todavía posible de verse reducido a través del empleo de procedimientos disuasivos naturalmente no impuestos (lo que representaría la privación del ejercicio de derechos fundamentales a la persona humana), sino legítimamente ofrecidos a los que antes me referí.

revés de lo que invocan los que solicitan la eutanasia, como manifestación igualmente legítima de la naturaleza humana y, por tanto, a ella inherente.

**Aplicar** un tratamiento de cualquier orden a un paciente que lo esté rechazando o **dejar** de aplicarlo a una persona que lo quiera, implica estar cometiendo un **hecho** en principio **típico** (*lesiones, coacción<sup>866</sup>, omisión de socorro, como mínimo y dependiendo del contexto*), pues ninguna justificante legal ni supralegal atiende a los parámetros de disponibilidad para invocación por parte del médico o de cualesquiera, ya que el derecho constitucional directo a la dignidad y a su libre y lícito ejercicio de la persona, sobre todo, está por encima... y también porque, específicamente, a menudo les faltan a dichas justificantes los requisitos para su configuración jurídica en tales condiciones contextuales aisladas.

Efectivamente, nada impide que se **busque** (*y es muy necesario, bajo distintas perspectivas éticas, filosóficas, sociológicas, religiosas, jurídicas, humanitarias – a muchas de las cuales me filio –, que se **deba buscar***) disuadir a la persona afectada de la idea de solicitar la eutanasia, valiéndose de todos los medios legítimos para ello (*auxilio familiar, clínico, fraternal en general, etc.*). Pero, es **imprescindible**, sobre todo humana y jurídicamente, que se le **asegure** al individuo la libertad de rechazar dichos métodos disuasorios y de ejercer el derecho de morir con la dignidad que su naturaleza y su personalidad reclaman, siempre y cuando esté determinado para ello y el contexto en el que esté involucrado pueda asegurarlo – *esto se llama **respeto a la persona y justicia a la existencia** –.*

Lo cierto es que la **persona** afectada (*enfermo terminal o gravemente incurable<sup>867</sup>*), ella sí, es el ente patentemente legítimo para elegir con libertad y

---

<sup>866</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *'Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia'* (91/118) – *Derecho Penal Español – Parte Especial* (Coordinador: Manuel Cobo del Rosal), Madrid/España, Dykinson, S.L., 2004, p 117, cita que “el aplazamiento del momento de la muerte, por acción o por omisión, en contra de la voluntad del paciente, alargando el proceso, puede dar lugar a un delito de coacciones, por impedir con violencia el ejercicio del derecho a una muerte digna”. Con idéntica opinión, *vide* a MORILLAS CUEVA (*'Aspectos penales del consentimiento informado' – Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, p 786).

<sup>867</sup> Por oportuno, cito entre otros el caso de Alfonso (Revista en *XL Semanal* 969 – “La carta de la semana”, Madrid/España, Taller de Editores, S.A., del 21 al 27 de mayo de 2006, p 6). Una madre que “estuvo enferma más de 20 años y necesitó ayuda 24 horas al día”. “En los años 70 comencé con una artrosis generalizada, acompañada de osteoporosis, además toda mi vida sufrí de depresión estacional, que era muy grave los inviernos y mejoraba con el buen tiempo. En 1980 comencé con demencia senil y a los tres años me

consciencia dónde está su dignidad en una situación extrema de sufrimiento<sup>868</sup>: si en una existencia padeciendo infortunios sin cura y a veces inhumanos, si en una muerte temprana y libertadora de su dolor inmenso – *que, en ambos casos, representan una estupenda actitud de coraje* –. Para **unos**, como ya he referido, su dignidad está en afrontar el sufrimiento, en el grado que sea; para **otros**, está en no sufrir con la enfermedad terminal o incurable y los padecimientos que su naturaleza humana individual ya no soporta más.

En fin, a causa de la falta de disposiciones normativas infra-constitucionales sistemáticamente más **armónicas y objetivas** en el marco de la mayoría de los ordenamientos, es del método ideológico-jurídico empleado por el jurista para interpretar la Ley, a partir de los valores y principios contenidos en la Constitución, expandiendo los derechos (*sobre todo fundamentales*) inherentes a la persona, que depende el aseguramiento de la **licitud** jurídico-penal de la **eutanasia**, como expresión de garantía y justicia.

### 1.1.1 LA EUTANASIA PASIVA (*DIRECTA E INDIRECTA*).

Hay toda una **variación** clasificadora con respecto a las modalidades de eutanasia<sup>869</sup>, que fue surgiendo a lo largo de su estructuración, algunas de ellas incluso

---

diagnosticaron Alzheimer. Tuve dos hijas y un hijo a los que necesité toda mi vida, siempre fui dependiente. Mis hijas y mi nuera no pudieron trabajar para cuidarme. Si me daban comida, yo comía, pero si tenía hambre, frío, sed o calor no supe decirlo. Si me levantaban y mi sentaban, genial, pero si no lo hacían, yo no protestaba. Ellas fueron mi voz, mis manos, mi pensamiento” (falleció en 1997).

<sup>868</sup> Merece leer cita de ROXIN (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 12 y 13), que recuerda que “la voluntad del paciente es decisiva incluso cuando desde un juicio objetivo y desde el punto de vista de muchos observadores aquél es irresponsable”. Añade el maestro de Munich que “aún cuando una madre con cuatro hijos por motivos religiosos prohíbe a los médicos que le practiquen una transfusión sanguínea que puede salvarle la vida – el caso ha sucedido en realidad –, aquéllos deben inclinarse por dejar morir a la mujer”.

<sup>869</sup> Sobre el tema variable de la clasificación de las formas de eutanasia, entre otros véase a ROXIN (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 5 y ss); MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado – Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, pp 785 y 786 y también *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp XVIII y ss); MANTOVANI (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Italia* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 83 y ss); ZUGALDÍA ESPINAR (*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia* – *Eutanasia hoy. Un debate abierto* {Salvador Urraca Martínez, Ed.} – Madrid/España, Editorial NOESIS – Colección Humanidades Médicas –, 1995, pp 239 y ss); GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL (*Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida... cit.*, pp 21 y

innecesarias. Sin embargo, mi sincera intención no es tornar más complejo el tema, sino tratarlo lo más didácticamente que permitan mis limitaciones. De este modo, creo que la eutanasia **pasiva**, la **pasiva por acción** y la **activa** (*en ésta, como ya se ha visto, se identifican los puntos de mayor divergencia dogmática en cuanto al tema*), cada una de ellas con variaciones **directa** e **indirecta**, son capaces de abarcar todos los supuestos comportamentales de supresión digna de la vida que al tema se refieren.

Es **elemental** jurídicamente (*constitución, lex artis, leyes ordinarias*) – y *dispensa de distensiones retóricas* –, que ningún médico puede estar **obligado** a dar tratamiento terapéutico a quienes **consciente** y **libremente** lo rechacen<sup>870</sup>.

La **eutanasia pasiva** (*ortotanasia, paraeutanasia*) significa la **interrupción** del tratamiento a que está sometida la persona, a través de la pura **omisión** de conducta del que está encargado de mantenerla con vida, evitando así no alargar los sufrimientos penosos que resultan en el proceso de **establecimiento** de la etapa humana de la muerte, por lo que respecta básicamente a **enfermos terminales** o con **vida** absolutamente **vegetativa** (*muerte cerebral instalada*), sin ninguna expectativa de recuperación absoluta o parcial por los medios terapéuticos conocidos.

La **eutanasia pasiva directa** significa la interrupción del tratamiento a que se refiere el párrafo anterior, permitiendo la plena muerte sin sufrimientos prolongados del enfermo con **una única conducta omisiva** del autor (*p.e.: un paciente terminal de SIDA es todavía mantenido con vida porque todos los días, a una determinada hora, le aplica su médico una droga estimulante al corazón, sin la cual dicho enfermo tendría una parada cardíaca fulminante y sin dolor en un par de horas – el médico no aplica el medicamento en aquel día y el paciente alcanza una muerte natural de conformidad a lo previsto*).

---

22); GIMBERNAT ORDEIG (*Eutanasia, Constitución y Derecho Penal* - *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 208); BARQUÍN SANZ (*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro* - *Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España* - *Eutanasia y suicidio - Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 156, *in fine*, y ss); BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, pp 50/52).

<sup>870</sup> Recuerdo ahora a ROMEO CASABONA (*Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales* - *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 249) cuando asevera ser “indiscutible el derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento, lo que implica la necesidad de otorgar su consentimiento”, acrecentando que es igualmente “cierto que también le asiste el derecho a negarse a él si lo estima más conveniente para sus intereses personales”. Y prosigue con oportuno acierto, enfatizando que dicha “afirmación viene avalada por numerosos preceptos constitucionales, por lo que no requiere mayores comentarios”.



La **eutanasia pasiva indirecta** ocurre cuando **más de un mismo o semejante comportamiento omisivo** permiten que se establezca la muerte del paciente sin más padecimientos (*v.g.: en equivalente hipótesis a la del párrafo anterior del portador de SIDA, el médico aplica cada día una menor cantidad de la medicación que mantiene en funcionamiento el corazón del enfermo y este se va gradualmente poniendo soñoliento hasta que pierde la conciencia y su corazón para*).

Con respecto a la eutanasia pasiva, hoy por hoy el entendimiento político-criminal **mayoritario** (*p.e. en España, Alemania, Italia, Francia, Brasil*) es el de que **jurídico-penalmente** ya no hay una interpretación real que pueda justificar su reproche legal, incluso porque – ¡recuerdo! – es imposible hacer cualquier análisis del tema sin tener que invocar y añadir Derechos fundamentales inherentes a la persona y característicamente contenidos en las **Constituciones** democráticas, los que abren la puerta jurídica para la **atipicidad** de la eutanasia en sus tres modalidades.

### 1.1.2 LA EUTANASIA PASIVA POR ACCIÓN (**DIRECTA E INDIRECTA**).

La **eutanasia pasiva por acción** se diferencia de la pasiva propiamente dicha por un **simple hecho**: su interrupción pasiva del tratamiento acaece debido a una acción humana precedente del autor y no a una exclusiva omisión de éste. Es decir, que significa la interrupción del tratamiento a que está sometida la persona, a través de una determinada **actividad mecánica positiva** del que está encargado de mantenerla con vida o de alguien bajo su dirección, de ello resultando una omisión que impide dar continuidad a los padecimientos que se instalan en el difícil proceso de establecimiento de la muerte, permitiéndola acaecer con naturalidad. Se la aplica a dicha modalidad eutanásica también básicamente en lo que a **enfermos terminales** o con **vida completamente vegetativa** (*muerte cerebral instalada*), y por supuesto sin ninguna expectativa de recuperación absoluta o siquiera parcial por los medios terapéuticos conocidos, se refiere.

Pero, si hay una acción que omite el tratamiento, ¿**por qué** entonces se habla de eutanasia pasiva? **Sí** es una modalidad pasiva, pues el **núcleo** del

comportamiento humano del autor está exactamente en la omisión como el medio notablemente eficaz y destacado para eliminar los padecimientos ocasionados al enfermo con el retraso artificial de su muerte. La parte comportamental activa del autor es como si fuera solamente una **ventanilla** hacia el alivio físico definitivo del afectado ante el gran **portal** que significa su parte pasiva.

La **eutanasia pasiva por acción directa** ocurre cuando el tratamiento artificial es **omitido** a través de **una sola** conducta activa del autor o de **más de una en un sólo tiempo** (*ejemplo: un muerto cerebral es mantenido artificialmente con sus funciones orgánicas esenciales, porque se encuentra conectado a instrumentos terapéuticos que alimentan y sostienen su cuerpo – el médico los desconecta<sup>871</sup> a todos de una sola vez o uno a uno en un mismo tiempo y la muerte natural se instala y consume<sup>872</sup>*).

La eutanasia **pasiva por acción indirecta** es aquella en la que el tratamiento es interrumpido por **más de un** comportamiento activo del médico o de alguien por él dirigido, habiendo un determinado **intervalo de tiempo** entre estos actos (*por ejemplo: un caso semejante al párrafo anterior de un muerto cerebral en el que se*

---

<sup>871</sup> Sobre el acto de desconexión de instrumentos que mantienen la vida sólo esencialmente orgánica, merece la pena citar como breve referencia comparativa a MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado* - *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, pp 785 y 786, n.p. 39) en cuanto a su clasificación y al propio punto de vista de ese maestro granadino: “en la doctrina se discute si semejante desconexión se integra en los supuestos de omisión, y por tanto dentro de las hipótesis de eutanasia pasiva o bien en los de acción, y en consecuencia en la activa. En esta última posición, por ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. A favor de su inclusión en la eutanasia pasiva, por todos: GONZÁLEZ RUS, Juan José. En AAVV: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2000, pág. 63. La importancia de una u otra opción para las alternativas que aquí se ofrece es de notoria importancia”. Y concluye el MORILLAS CUEVA: “como ya refiero en el texto me inscribo en la línea, que considero mayoritaria, de su inclusión en la eutanasia pasiva”.

<sup>872</sup> Uno de los casos más celebres en los últimos años ha sido el de Terri Schiavo en Estados Unidos. Su discusión jurídica empezó, destacadamente, en febrero de 2000, con una decisión judicial aprobando la suspensión de los cuidados médicos a la paciente, es decir, la desconexión de los tubos de alimentación, para que causara su muerte por inanición en un “lapso de tiempo entre diez y catorce días” (p 355), lo que ocurrió en el 18 de marzo de 2005, resultando el óbito en el 31 de marzo. Sobre este tema, merece leer a MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, en *El caso de Terri Schiavo: continúa el debate sobre la eutanasia* (351/363) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera) – Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005. Este autor español hace un cuidadoso análisis jurídico acerca del caso, con la seguridad de no permitirse influenciar por razones de orden sentimental ni religiosa. Y considerando el caso Terri Schiavo, hago la siguiente reflexión: observando que la muerte se concretizó, conforme lo previsto, solamente trece días después de haber desconectado la alimentación, ¿no sería más humano y también racional que se hubiera practicado la eutanasia directa activa?

*van desconectando los aparatos a los pocos, una parte en cada hora o día, hasta que la muerte acaezca naturalmente).*

Así como es acerca de la eutanasia **pasiva**, igualmente hoy día, con respecto a la **pasiva por acción**, la posición político-criminal de la **mayoría** de los juristas en el mundo, y destacadamente en el marco de los Estados de Derecho, es la de que tampoco hay una base jurídica y penal sólida para fundamentar su reproche legal.

### **1.1.3 LA EUTANASIA ACTIVA (DIRECTA E INDIRECTA).**

La **eutanasia activa** acaece cuando los padecimientos insoportables por que pasa el afectado son interrumpidos por un comportamiento humano activo de tercera persona (*médico o alguien bajo sus órdenes*), anticipando el fallecimiento del respectivo **solicitante enfermo**, el que lo **consintió** de modo consciente, equilibrado, informado y directo, y exclusivamente sólo y cuando éste se trate de una persona que se encuentra sometida a una penosa **enfermedad terminal** obviamente sin cura (*v.g.: un portador de SIDA en proceso de putrefacción de sus órganos y portador de varios cánceres*) o a un extremo sufrimiento causado por una **enfermedad incurable** (*p.e.: un heptaplégico: ausencia de movimiento en las cuatro extremidades del cuerpo, respiración artificial, ausencia de movimientos con la cabeza y ceguera*).

La **eutanasia activa directa** significa que el óbito resulta de una sola **acción objetiva** del autor (*por ej.: el médico prepara una fuerte dosis de cianuro y hace tomarla al paciente, anticipando su muerte, libertándolo de los gravísimos padecimientos que el carcinoma pulmonar y terminal con metástasis linfáticas, sanguíneas y por contacto entre órganos le estaba imponiendo*).

La **eutanasia activa indirecta** quiere decir que el fallecimiento es anticipado por etapas con **acciones repetidas** del autor (*ejemplo: el médico aplica una inyección diaria de tranquilizante y analgésicos potentes a un paciente, hasta que fallezca durante un sueño y sin sufrimientos en un cuadro de hexaplejía con fuertes dolores neurálgicos por todo el cuerpo, ocasionados por una degeneración genérica y progresiva*).

**Además**, un supuesto excepcional (*dentro de la ya **excepcionalidad** de la eutanasia*) y que me parece digno de una **análisis aparte** es, p.e., el de un **hexapléjico** que lleva 40 años sufriendo con su enfermedad y, como si no le bastara sufre también una grave **cardiopatía** degenerativa crónica y progresiva, pero sin una perspectiva exactamente próxima de muerte y por ello necesita una determinada dosis de medicina específica diaria para que su corazón pueda continuar en funcionamiento regular. Su médico y amigo desde varios años, atendiendo a la solicitud del enfermo y bajo autorización judicial con todas las cautelas legales pertinentes, interrumpe el suministro de la droga que mantiene vivo el corazón del afectado y este fallece sin ningún padecimiento en un par de días. ¿Qué tipo de eutanasia ha practicado el médico? ¿Pasiva por acción o activa directa?

Es muy deducible que la **especie** de eutanasia a ser identificada, más aún cuando se va a **distinguir** alguna de las formas pasivas de la activa, es axiológica y jurídicamente un tema tan relevante (*sobre todo hoy día*) que me dispense de comentarlo. Pues bien. La pasiva se me presenta por sí sola excluida en el ejemplo del párrafo anterior, a causa de **no padecer** el afectado una enfermedad terminal y tampoco encontrarse en un estado de óbito cerebral. En cuanto a la activa propiamente dicha, el comportamiento del autor fue claramente **omiso**, característica que pone en duda clasificarlo de este modo. Así, creo que el cuadro terapéutico del afectado asume un papel **determinante** hacia la clasificación eutanásica, incluso por su **finalidad** (*poner fin a los sufrimientos de la hexaplejía*), mientras el comportamental del autor un aspecto complementario en este suceso. De ello, creo que se esté ante una **eutanasia activa directa impropia**.

#### 1.1.4 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA EUTANASIA.

El tema de la **información** (*y obviamente adecuada*) es un punto absolutamente **indispensable** en el ámbito del procedimiento eutanásico, sea como sea, es decir, en **cualquiera** de sus modalidades (*pasiva, pasiva por acción y activa*). Si ya constituye una exigencia determinante de validez y eficacia dicha información al **consentimiento** correspondiente al marco de bienes jurídicamente protegidos de menor grado normativo y material, a ejemplo de las lesiones médico-quirúrgicas, **muchísimo**

**más** (*sin exceso semántico*) lo es cuando se trata de excepcionalizar situaciones en las que el deber de preservar la vida (*muy acertadamente “el primero y más importante de los objetos jurídicos”, recuerda MORILLAS CUEVA<sup>873</sup>*) pasa a tener un significado jurídico **relativo**.

Es **elemental** que nadie puede consentir con respecto a la interrupción de su propia **vida** – o, *convengamos, al menoscabo de cualquier bien en general* – con efectos de validez y eficacia jurídicas si no está **seguro** del contexto en el que está involucrada la expresión de su respectiva voluntad, ya que de otro modo remitiría el escenario hacia el Capítulo III, ítem V, de esta investigación, que trata de los vicios del *consentimiento*. Sí, porque otorgar **sin conocer** exactamente los parámetros y los matices sobre los que consiente el titular del bien constituye un **vicio**, por lo menos en principio, cautelosamente engañoso.

No creo que la necesidad imprescindible de información para un *consentimiento eutanásico* válido y eficaz jurídico-penalmente, sea directamente expresado por el propio titular del bien – *en los casos y situaciones en los que cabe y en los que son imprescindibles* – sea manifestado por familiares o por su representante, necesite mayores desarrollos semánticos para la absoluta **certeza** de este raciocinio.

El *consentimiento informado*, más que todo y además de los supuestos respecto a la **vida**, por supuesto igualmente en los casos acerca de la **salud** de la persona y de la propia **libertad de conciencia**, constituye un **Derecho fundamental** sobre el que, entendiéndolo “muy correctamente” dispuesto, recuerda MORILLAS CUEVA<sup>874</sup> (*incluso a su vez resumidamente citado por SEGURA GARCÍA<sup>875</sup>*) a la STS (*Sala de lo Civil*) nº 3/2001: “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las aportaciones realizadas en la teoría de los Derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, a decidir por sí mismo en lo

---

<sup>873</sup> *Idem supra*, p 784.

<sup>874</sup> ‘Aspectos penales del consentimiento informado’ – *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, p 767.

<sup>875</sup> ‘El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’ – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 898.

atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

#### 1.1.5 LA EUTANASIA Y EL *CONSENTIMIENTO* PERSONAL Y DIRECTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO (*CAUSA DE ATIPICIDAD*).

Esta es la **perspectiva central** de toda esta investigación, es decir, de la **atipicidad** de la conducta del autor, siempre y cuando medie el *consentimiento* auténtico, lo que, por supuesto y de forma imprescindible, exige todavía, además de todos los otros requisitos que le son pertinentes<sup>876</sup>, la **disponibilidad** del bien originariamente protegido por el Derecho penal dentro de los **límites** del respectivo consentimiento. Ello significa que, aun tratándose del bien jurídico – y **personalísimo** – vida, una vez se ponga disponible bajo las situaciones puntuales de excepcionalidad jurídica que se refieren a la eutanasia consentida de forma libre, consciente, informada, expresa y directamente por el enfermo, a partir de su base jerárquica e indudablemente superior (*constitucional*), debe resultar (y *resulta*) igualmente **alejado** cualquier interés penal (*hoy por hoy, lo que falta en muchos de los sistemas penales en vigencia es que intervenga armónicamente el legislador respecto a sus Leyes ordinarias*) en cuanto al comportamiento humano que ponga fin a un sufrimiento insoportable, anticipando de modo suave el momento del fallecimiento natural del afectado.

La **tesis** de la indisponibilidad **absoluta** de la vida, al confrontarla el jurista con la **expansión** necesariamente garantizadora, inevitablemente natural y estructuralmente lógica de los Derechos fundamentales, significa – *con todo respeto de mi parte y considerando la mejor de las intenciones ideológicas y jurídicas de sus ilustres defensores* – pretender que Leyes de rango inferior y sistemáticamente insurrectas puedan estar por encima de la supremacía de la Constitución, lo que, como mínimo jurídicamente, es algo **insostenible**.

Así, a partir de la hermenéutica constitucional desde su obvia **cumbre** dogmática, imponiendo relieve a la libertad, a la dignidad de la persona y al desarrollo amplio de su personalidad, además de la **justicia** (*finalidad primordial del Derecho*), ello

---

<sup>876</sup> Véase al Capítulo III.

hace desplegar sus efectos con ritmo lógico y real sobre el resto del Ordenamiento, resultando patente la **legitimación** destacadamente **jurídico-constitucional** y consecuentemente **penal** de este acto humano de autodeterminación consciente (*y jamás presumido*), que es la eutanasia consentida, implicando, a nivel de teoría jurídica del delito, su adecuada **atipicidad**.

“La eutanasia voluntaria es una forma de ayudarse uno a sí mismo, de caridad o dignidad bien entendida<sup>877</sup>”, desahogó SAMPEDRO CAMEÁN con respecto a su propia “vida en el infierno”, tras 28 años **sumiso** a un estado de enfermedad tetraplégica, lo que le permitía solamente disponer de **una cabeza viva en un cuerpo totalmente muerto**, genéricamente dependiendo de **todos para todo**.

El **Estado-juez** (*a ejemplo, en el caso SAMPEDRO, del Poder Judicial de España e incluso del Tribunal de Estrasburgo*), en dichos escenarios de evidente circunstancial eutanásico activo y directo, al negar aseguramiento jurídico y efectos materiales a dicha manifestación **consciente, libre, informada y expresa** de la persona: **a) impone el sufrimiento** – *cuando le incumbe evitarlo* –; **b) mantiene con autoritarismo una vida enferma y sin cura** – *a quien ya más quiere vivirla* –; **c) se niega a reconocer democráticamente la dignidad** del hombre y su **libertad** inherente para **autodeterminarse** también en tales circunstancias excepcionales –*cuando su obligación constitucional es la de defenderlas y expandirlas bajo criterios de justicia* –; **d) prohíbe el desarrollo de la personalidad** – *aunque gramática, lógico-sistemática y teleológicamente determine lo contrario la propia Constitución* –.

Al fin y al cabo, el Estado se convierte en el **verdugo** del derecho de ser libre y de así permanecer con dignidad y atipicidad.

---

<sup>877</sup> SAMPEDRO CAMEÁN, Ramón, en *Cartas desde el infierno... cit.*, p 171, *in fine*. Dichas “Cartas”, dicha “vida”, dicho “infierno”, inspiraron incluso la película *Mar Adentro*. Ello, además de un objeto técnicamente de hecho muy valioso para esta rama de nuestra investigación, supone otro testimonio indudable de la necesidad de reconocer el derecho fundamental y básico al ejercicio jurídico y humano de la libertad en el marco de la eutanasia, como manifestación consentida de la expresión de la voluntad consciente y personal, sin daños a la sociedad ni al Estado social, sino dignificando sus existencias como instrumentos vectores de derechos fundamentales.

El caso más reciente de lo que parece presentarse como eutanasia directa y activa del **pentapléjico** español JORGE LEÓN<sup>878</sup>, que oportunamente y con autoridad personal recordó quedar “en la conciencia de quienes impiden la legalización de la eutanasia la carga de los sufrimientos innecesarios” impuestos cruelmente a quienes ya no soportan más vivir, seguramente va a **recalentar** los debates acerca del tema. JORGE LEÓN era escultor y deportista hasta que un accidente le puso enfermo desde hacía seis años. Tenía 53 años de edad cuando falleció, posiblemente a través del método eutanásico, lo que todavía es investigado por las autoridades. Era enfermo en un hospital de Valladolid desde que se **rompió el cuello** cuando practicaba sobre dos barras de gimnasia.

Aún reciente y que me parece **oportuno** referir, no obstante lo haga muy brevemente, es el testimonio de Javier Romañach<sup>879</sup>, enfermo **tetrapléjico**, que a su vez asevera: “a mí no me pasa nada, es el mundo que está mal hecho”, añadiendo defender el “suicidio asistido” (*que en el contexto mezcló con la terminología eutanasia*), “cuando hay libertad de opción”. Defiende Javier “una vida digna, que incluye una muerte digna”.

Una modalidad de eutanasia directa y activa alternativa para algunos es la del nombrado **suicidio eutanásico** (*manu propio*), es decir, situaciones de eutanasia en las que el enfermo, **él mismo**, es el que pone fin a su vida a través de un último acto mecánico comandado de su parte, con asistencia médica o de alguien bajo dirección de un médico. Pero ha de ser siempre un caso de eutanasia (*enfermedad terminal o incurable con graves e inequívocos sufrimientos del afectado*), no una **mera hipótesis** de suicidio, lo que son claramente y por todo lo antes expuesto, **distintos**.

Hay autores que adoptan y defienden la perspectiva del **suicidio eutanásico** (*suicidio asistido*<sup>880</sup>) legalizado en lugar de la eutanasia propiamente dicha, bajo el fuerte y respetable argumento jurídico/humano de que en dichos casos de suicidio

---

<sup>878</sup> JORGE LEÓN, en *destilados pentapléjicos*, disponible en internet (<http://destiladospentaplejicos.blogspot.com>).

<sup>879</sup> Véase en el periódico *20 minutos – Granada/España*, del miércoles 9 de mayo de 2006, p 7 (actualidad).

<sup>880</sup> El suicidio asistido (*suicidio eutanásico*) en Estados Unidos, p.e., es el procedimiento adoptando legalmente en lugar de la eutanasia propiamente dicha. Puede que signifique una hipocresía legislativa disimulada de eutanasia. Recuerdo a SALVADOR URRACA (*Eutanasia: concepto y contexto’ - Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 46) sobre el tema, esclareciendo que “en el suicidio asistido se entiende que el médico proporciona al paciente los competentes medios suficientes (especialmente medicamentos letales) para que pueda llevar a cabo el suicidio, el paciente es, en última instancia, el agente directo de la acción”



el afectado **mantiene** el **dominio del contexto** hasta su último momento, es decir, que puede pararlo por sí solo tan pronto lo desee hasta que se realice. No obstante, en algunas de estas argumentaciones puede estar, involuntaria o quizás voluntariamente, disfrazada una determinada forma de intentar omitir un cierto sentimiento religioso/personal o incluso histórico como si fuera de culpa ante la eutanasia ejecutada por tercera persona. **Aunque** no sea así – *como por supuesto no lo es respecto a todos los ilustres defensores del suicidio eutanásico* –, es jurídicamente indudable que todo y cualquier *consentimiento* es **revocable** (*garantía jurídica-estructural*) en cualquier momento antes de la realización del hecho. Si el afectado **mantiene su dominio** sobre el hecho hasta el punto final de la realización del comportamiento del tercero como si fuera un suicidio de eutanasia, pues basta que decida no poner fin a sus sufrimientos y lo **manifieste** de alguna manera. Sin embargo, es muy obvio (*y a lo mejor dispensaría referirlo*) que, una vez elija el afectado poner fin a sus sufrimientos él mismo realizando el último acto del procedimiento, se deba **igualmente** asegurarle este derecho, atendiéndolo bajo los criterios pertinentes.

#### 1.1.6 LA EUTANASIA Y LA IRRELEVANCIA DEL *CONSENTIMIENTO* MANIFESTADO A TRAVÉS DE FAMILIARES DEL ENFERMO O DE SU REPRESENTANTE LEGAL, CUANDO EL VERDADERO TITULAR DEL BIEN JURÍDICO PERSONALÍSIMO VIDA NO PUEDE DECIDIR O NO LO HIZO MIENTRAS FUE CAPAZ DE HACERLO.

Estructuralmente, y como regla, ésta – *terceros que deciden sobre la vida o la muerte del afectado* – ya no se presenta como una modalidad jurídico-constitucional y penalmente **válida** (*licita*) de eutanasia. Le falta el elemento **primordial**, es decir, el *consentimiento auténtico* (*directo y libre: consciente, equilibrado, expreso, informado, sin vicios*) del titular del bien **personalísimo** (*vida*) y jurídicamente protegido. Sólo con la mediación del *consentimiento* auténtico es posible, en principio, legitimar la conducta eutanásica. Así, cuando una persona está **enferma en fase terminal** (*y todavía peor si no se encuentra con su óbito natural próximo, previsible de manera indudable*) y no expresa su firme y seria voluntad de fallecer con anticipación eutanásica, o no lo hizo cuando fue capaz de hacerlo (*si ya está inconsciente y, en tales circunstancias, en regla tampoco se puede suponer seguramente que lo haría si pudiera*), es **irrelevante** la autorización de

terceros, imponiéndose en dichas circunstancias un comportamiento **homicida** punible, que incluso puede tipificar un **asesinato** (*arts. 138 y ss del CPE; 121 del CPB; §§ 212 y ss del StGB; etc.*).

Sí, además de la falta de *consentimiento* del afectado, que por sí sólo impide la licitud del comportamiento del autor (*o autores*), el **tipo resultante** en el contexto de este ítem puede no ser de homicidio básico, sino cualificado, pues **otros factores** de clara importancia jurídica y humanística, que aumentan el potencial del ilícito penal y agravan la responsabilidad a nivel de asesinato (*arts. 139, 1ª y 2ª del CPE; 121, § 2º, I, II, IV y V del CPB; § 211 del CPA; etc.*<sup>881</sup>), se añaden **complementariamente** a dicho escenario, haciéndolo todavía más inseguro para los Derechos fundamentales del enfermo – *por ello también, cuando hay la posibilidad de una practica eutanásica lícita, adopta una posición de garante absolutamente importante la intervención del Poder Judicial* –. Algunos ejemplos los recuerda, entre otros y para otra finalidad, FLÁVIO D'URSO<sup>882</sup>: “peleas por herencia (sólo empieza la sucesión de los bienes tras el óbito del respectivo titular), además de intereses conyugales disfrazados que molestan el cónyuge sano con el deber de asistir al enfermo, sin olvidar la posibilidad de existencia de un concubino que esté a la espera del heredero en el otro lado de la puerta donde agoniza el afectado”. También, añado la posibilidad de **venganza** disimulada, la mera **crueidad** humana, la busca de **impunidad** para otro delito, etc.

Y lo que se torna aún más grave es cuando la eutanasia es practicada **en contra** de lo que se sabe ser o se sabe que sería (**presunción negativa**) la voluntad del enfermo, constituyendo este comportamiento un indudable **homicidio** típico, antijurídico, culpable y punible. Si el afectado pretende sufrir hasta sus últimos instantes de vida, dando **relevancia** a su dignidad con esta también elección de **coraje**, dicho *consentimiento* para mantenerlo con vida afrontando todos los padecimientos que le sean impuestos por el proceso natural de su extinción terrena o por el prolongamiento artificial

---

<sup>881</sup> Y puede que también sea básico el homicidio pero con agravamiento de la responsabilidad criminal (*arts. 22, 2ª, 4ª, 6ª, 8ª del CPE; 61, I, II, e, g, h, j, 62, i, II, III del CPB*).

<sup>882</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Eutanásia no Brasil*. Mayo de 2006. Disponible en [http://conjur.estadao.com.br/static/text/17381\\_1](http://conjur.estadao.com.br/static/text/17381_1). El original en portugués: “...disputas de herança (uma vez que enquanto não se der a morte, não se abre a sucessão), ou ainda interesses conjugais subterrâneos, a encalhar o cónjuge sadio, que se vê obrigado a assistir o cónjuge enfermo, sem falar num eventual amante que aguarda-o do outro lado da porta do cómodo onde se encontra o moribundo”.

de su vida (*distanasia*), tiene absoluta relevancia y como tal **debe** ser jurídicamente respetado.

Restan, así, **dos excepciones** con eficacia jurídico-penal para supuestos en los que falta el asentimiento directo del afectado y su representante suple la autorización: **a)** si hay **muerte cerebral** con su evidente resultado de **vida vegetativa**<sup>883</sup>, sí es en principio eficaz el *consentimiento*, pues, como antes he enfocado, técnicamente no se puede matar a quien ya está muerto; **b)** si es posible **presumir** con seguridad (*consentimiento presunto*) la otorga del afectado, siempre y cuando dicho paciente terminal y sumiso a sufrimientos degradantes y/o inhumanos **ya no es capaz** de expresar su voluntad válidamente, aunque presente una naturaleza jurídica como causa de justificación, legal<sup>884</sup> o supralegal<sup>885</sup> – y *necesariamente fuera de los casos de inconsciencia duradera* –.

En ambos casos del párrafo anterior, además de los imprescindibles criterios **jurídicos** que les corresponden, hay que utilizar muy seguramente criterios **médicos** y **humanitarios**. Y entonces, una vez más es determinante que jamás, en cuanto a la eutanasia activa, sea directa o indirecta, puede un tercero **decidir** en lugar del afectado o siquiera **presumir** como decidiría éste de manera jurídico-penalmente relevante.

---

<sup>883</sup> Merece la pena reiterar, a causa de su importancia contextual: “... situaciones en que la persona, según los actuales conocimientos médicos, ha perdido de modo irreversible la consciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Se piensa fundamentalmente en personas que padecen un síndrome apálico, como en casos de coma profundo e irreversible” (concepto a mi juicio satisfactorio: véase, p.e., en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL – *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida... cit.*, p 20).

<sup>884</sup> Portugal: “al consentimiento efectivo se lo equipara al consentimiento presumido” (el original en portugués: “Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido”) – art. 39º.1 del CPP.

<sup>885</sup> España, Brasil, Alemania, etc. También aquí se puede discutir jurídico-constitucional y penalmente la presencia de un estado de necesidad en favor del afectado.

### 1.1.7 EL CONSENTIMIENTO PARA EUTANASIA EXPRESADO A TRAVÉS DE FAMILIARES O DE REPRESENTANTE POR ELECCIÓN DEL ENFERMO Y SU ATIPICIDAD.

Es **sostenible** la validez atípica de dicho *consentimiento*, por lo antes expuesto. Ello, no obstante, siempre y cuando el titular del derecho haya **establecido**, a través de un testamento vital o, ante la imposibilidad de hacerlo, verbalmente con la presencia de testigos idóneos, que si llegado acaso en aquellas circunstancias patológicas de incapacidad para consentir, para él de **degradación**, no le interesa más vivir. Esto es como si estuviera allí dicho afectado diciéndolo a todos cuantos lo quieran o deban oír, incluso porque efectivamente allí está por intermedio del comportamiento de sus familiares o del representante que nada más hacen que atender a la voluntad autodeterminada del **verdadero** titular del bien, libremente expresada.

Entonces, cuando el enfermo, libre, consciente y equilibradamente **encarga** a su representante o familiar que, en su nombre y como si fuera él mismo, **autorice** – *en un caso de pérdida parcial o total de consciencia irreversible suya en una enfermedad terminal e incurable que le imponga graves padecimientos, o de una muerte cerebral* – que sean desconectados los instrumentos mecánicos que aún mantienen artificialmente su vida, o bien que se le aplique una droga, directa o indirectamente, para poner un fin digno y sin dolor a tales sufrimientos, cuando atiende el legítimo encargado a la deliberación del enfermo ello significa un comportamiento **lícito** y **atípico**, ya que jurídico-constitucional y penalmente despliega los mismos efectos lógicos y justos de una autorización directa del afectado, sobre lo que he escrito reiteradamente a lo largo de esta investigación.

### 1.1.8 LA CUESTIÓN DEL REPROCHE LEGAL (BRASIL, ESPAÑA, ALEMANIA, HOLANDA).

La **eutanasia individual**, activa, directa y **consentida** auténticamente (es decir, también personalmente<sup>886</sup>) por el titular del bien jurídico es todavía **formalmente**

---

<sup>886</sup> En el marco de la eutanasia activa, sea directa o indirecta, una vez que trata de la vida humana, sería inaceptable que pudiera mediar un consentimiento presunto.

sancionada en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales de la actualidad. No obstante, representa con regularidad una modalidad atenuada de privación de la vida (*más correctamente de anticipación del fallecimiento*), a causa de la **reducción** normativa y gradual del elemento subjetivo del injusto penal, de lo que, como mínimo, ya no más puede huir con fundamento jurídico cualquier legislador que labore en el marco de un Estado de Derecho, y destacadamente siempre y cuando presente una estructura social y democrática (*España, Alemania, Brasil, Italia, Portugal, Francia*). Sin embargo – y *más allá* –, a mi juicio es indudable que la punibilidad del autor del procedimiento eutanásico consentido suele acaecer en **desacuerdo** con dichas Constituciones, es decir, sin atender el legislador **infraconstitucional** con el hecho de que él debe laborar con el deber de tener la consciencia de hacerlo dentro del marco de un **sistema constitucional** que exige amplitud y apertura jurídicas concretas para su propia supervivencia como instrumento de despliegue garantizador, donde los Derechos fundamentales exigen respeto y son la base de sus más destacadas normas, principios, valores y reglas. Así, la dignidad y la libertad pueden asegurarse por encima del deber estatal o ciudadano de preservación de la vida, siempre y cuando (*como he enfatizado y reiterado*) situaciones excepcionales que sean de garante, a ejemplo de la **eutanasia** (*desde su modalidad activa directa*), lo fundamenten. La fórmula no es compleja: los Códigos, Leyes de rango inferior a la Constitución, tienen relativizado o, en ciertos casos puntuales incluso sometido, el valor normativo de sus preceptos si éstos no están de **conformidad** con dicha Constitución, que es norma cumbre y fuerza material suprema dentro de todo y cualquier ordenamiento jurídico democrático.

Así, **recuerdo** que el *consentimiento* (*en ciertos casos presunto, como antes he señalado*) juega un papel fundamental en el ámbito de la eutanasia, porque, sin asentimiento, es jurídico-penal y constitucionalmente indudable que toda eutanasia es un **homicidio** absolutamente sancionable<sup>887</sup> y que, peor, además puede ser **asesinato**<sup>888</sup>, lo

---

<sup>887</sup> Recuerda también ZUGALDÍA ESPINAR (*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia – Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 242) que está “*absolutamente fuera de discusión que debe ser punible la eutanasia activa en su versión directa... cuando se actúa sin el consentimiento de la víctima*”.

<sup>888</sup> Sí, pues una eutanasia que se practique sin la voluntad del afectado, además de la figura homicida básica, puede también tener su motivación en las ganas de recibir una herencia, en una venganza, en la voluntad de librarse de las obligaciones con el enfermo, en meros y crasos conceptos personales acerca de una importancia equivocada en cuanto a lo mucho que significa el procedimiento eutanásico, en una irresponsabilidad médica, etc.

que constituye un tratamiento político-criminal **absolutamente** correcto<sup>889</sup> y respetuoso a la dignidad, a la libertad y a la personalidad del individuo en su sentido más amplio y de autodeterminación.

Las Leyes penales específicas en general adoptan actualmente **tres** posturas distintas con respecto a la **eutanasia** consentida, directa y activa: **a) punen** la eutanasia como si fuera un **homicidio común**, aunque puedan o deban **reducir** la punición respectiva (*es todavía hoy, p.e., el caso del Código Penal de Brasil*); **b) tratan** la eutanasia a través de un **tipo específico**, en el que reconocen la **disminución** del potencial de injusto y consecuentemente **ablandan** la sanción que le corresponde (*es el ejemplo de los Códigos Penales de España, Alemania, Italia*); **c) despenalizan** o **descriminalizan** la eutanasia, bajo **exigencias** procedimentales – *restricciones* – (*es la evidencia de la modificación de los textos básicos de los Códigos Penales de Bélgica y Holanda; a éste, se refiere, p.e., MORILLAS CUEVA<sup>890</sup>*). Desde luego, en mi opinión, dichas exigencias restrictivas para la licitud de la eutanasia deben ser necesariamente **rigurosas**, incluso más de lo que son en Bélgica y Holanda hoy día, pues se trata de poner **disponible**, aunque en situaciones extremas de inequívocos sufrimientos, el más importante de todos los bienes jurídico-penalmente protegidos.

En **Brasil**, el CPB **no tipifica** la eutanasia como delito específico, sino que su reproche resulta de la construcción jurisprudencial (*sobre todo*) y doctrinal, que la **acomoda**, en todas sus formas, en el art. 121, §1<sup>o891</sup> (*delito de homicidio practicado bajo*

---

<sup>889</sup> Así también, por ejemplo BARQUÍN SANZ ('*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*' – '*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España*' – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal...* cit., p 156), que además, aún con respecto a la eutanasia no consentida, enfoca que su "enquadre típico se corresponde con los delitos de homicidio y asesinato, lo que constituye un correcto tratamiento jurídico-penal, pues es de lo que en verdad se trata".

<sup>890</sup> *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal...* cit., p XX. Del maestro de Granada merece la pena transcribir, respecto al Derecho penal holandés, que "el artículo 20 de la Ley modifica de la siguiente manera el artículo 293 del Código penal: '1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con la pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme el artículo 7, párrafo segundo de la Ley reguladora de los funerales'".

<sup>891</sup> "Cuando el sujeto practica el delito a causa de un motivo con relevante valor social o moral..., el juez puede reducir la pena de un sexto a un tercio" (el original en portugués: "se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral..., o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"). La pena a ser reducida es la destinada al homicidio simple o de primer grado (art. 121, *caput*), es decir, de 06 (seis) a veinte (20) años de prisión-reclusión.

*un relevante valor social o moral*), conservándola como un tipo “privilegiado”, lo que significa que el *quantum* de la pena es reducido (*de un sexto a un tercio*), pero sin ninguna atención a la cuestión **fundamental** de la mediación del *consentimiento* del titular del bien. Ello es aún el claro reflejo de las influencias **conservadoras** (*incluso de matices religiosos*) que tanto han intervenido en el sistema jurídico brasileño, **lamentablemente** no siempre de manera jurídicamente positiva.

No obstante, el Proyecto de Ley 125/96 creaba en el CP brasileño la figura de la **eutanasia específicamente**, reconociéndole la disminución del potencial de injusto penal y obviamente ablandando todavía más el reproche sancionador actual, aunque lejos de la **supremacía** constitucional que permite en aquel Texto brasileño (*social y democrata*) una interpretación en clave de la **atipicidad** eutanásica. Ello, por sí solo, convengamos que se trata de una señal (*tímida*) acerca de algún avance (*intentado*) político-criminal en cuanto al tema por parte de los medios legislativos insumisos al atavismo jurídico en Brasil, **a pesar de que** las fuerzas de la política y de la religiosidad conservadoras, que se sitúan por encima de toda verdad, han logrado **archivar** dicho Proyecto, que de cualquier modo, repito, contenía algún evolucionismo – *diría FERNANDO PESSOA*<sup>892</sup> *que, formal e infraconstitucionalmente sobre la eutanasia en Brasil, está “todo como antes en el cuartel de Abrantes –*

Curioso, por no decir lógico-jurídica y políticamente **incoherente** en la actualidad mundial de los países desarrollados o en desarrollo, y como ya he comentado, es que la **pena a ser aplicada en cualquier supuesto** de inequívoco contexto **eutanásico** consumado (*activo o pasivo*) en Brasil (*de seis a veinte años de prisión con reducción de un sexto a un tercio, que resulta en una sanción mínima de cuatro años*) es todavía **más elevada** que aquella **a ser aplicada** contra una cooperación, un inducción o una instigación<sup>893</sup> a un **suicidio** consumado, aunque se refiera éste a su modalidad más atenuada (*dos a seis años de prisión*<sup>894</sup>).

---

<sup>892</sup> FERNANDO PESSOA, *O Eu Profundo e os Outros Eus – coletânea poética – 3ª edição*, Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Companhia Aguilar Editora, 1974, p. 58 (el original em português: “tudo como dantes no quartel de Abrantes”).

<sup>893</sup> Es oportuno enfocar que, en Brasil, aunque inducir e instigar puedan significar sinónimos en su terminología común (véase, p.e., *Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0... cit*), jurídico-penalmente inducir significa convencer o persuadir a alguien a que haga alguna cosa, mientras instigar quiere decir estimular o incitar a alguien a hacer algo que ya tiene la idea de realizar. En España, inducir e instigar pueden tener el mismo significado, tanto común (*Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española... cit.*, pp 1262 y 1285) como jurídico, lo que por sí solo se deduce de la sola utilización de uno de estos dos

**Eutanasia y suicidio** propiamente dicho son comportamientos humanos, técnicos en general y jurídico-estructuralmente, en principio, distintos: el **primero** (y refiero desde luego a la modalidad cumbre: directa, que habla por las demás), implica una enfermedad terminal (*un cáncer de testículos con diseminación por todo el cuerpo del paciente, los dolores, todas las dificultades físicas y el desespero que le son característicos en su etapa terminal*) o una enfermedad sin cura (*un caso de pentaplejía*), en ambas situaciones necesariamente con indudables padecimientos insoportables y degradantes para el afectado, que busca un alivio definitivo e legítimo para su martirio, a través de la **anticipación** del momento de su fallecimiento; el **segundo**, puede significar en líneas generales **tanto** la explosión genérica de conflictos o sometimientos existenciales (*la trágica pérdida de un hijo durante un atraco en el que fue la víctima; la prueba de coraje personal por recomendación religiosa o manipulación terrorista*) y la consecuente pérdida de sentido para continuar a vivir **como** la manifestación aguda de una alteración o de una anomalía psíquica (*una psicosis maniaco depresiva extrema; una paranoia suicida*). A menudo, el enfermo eutanásico necesita **ayuda para morir** en paz; el suicida necesita **ayuda para vivir** en paz. Sin embargo, la eutanásia puede manifestarse mecánicamente a través del suicidio, cuando la muerte en paz, para los supuestos de dicha primera hipótesis, no puede ser o no es concretizada directamente por manos de tercera persona. Ello, por ejemplo, es lo que acaece legalmente en Estados Unidos y ha pasado en España con el caso concreto del tetrapléjico Ramón Sampedro (*suicidio eutanásico*).

En **España**, el apartado cuarto del art. 143 del CP<sup>895</sup> **especifica** la conducta eutanásica **activa directa**, omitiendo cualquier mención tanto a la eutanasia activa indirecta como a las conductas pasivas (*ortotanasia*). Ello implica la **descriminalización** por **exclusión hermenéutica** muy lógica de estos dos últimos comportamientos, que jurídico-constitucional y penalmente ostentan una naturaleza

---

términos en el apartado 1. del art. 143 del CP: “inducir”. Así, siempre que me refiera al Derecho penal de Brasil utilizaré distintamente a ambos términos.

<sup>894</sup> Art. 122, *caput*, del CPB.

<sup>895</sup> “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”. Las penas a que se refiere el .4 del art. 143 son de “prisión de dos a cinco años” (cooperación al suicidio) y “de prisión de seis a diez años” (cooperación y ejecución de la muerte del suicida), respectivamente.



**atípica**; esto, por todo lo antes ya expuesto. Y además, sin comprometimiento de la **atipicidad** fundamentalmente **constitucional**, que a mi juicio también abarca la modalidad que infraconstitucionalmente todavía es punible en dicho país.

Así, utilizando este discurso **temporalmente** sólo en el marco de las **Leyes ordinarias**, tratándose la eutanasia pasiva (*directa e indirecta y pasiva por acción directa e indirecta*) de modalidad minorada, su punición está **excluida** del art. 143.4 del Código Punitivo español, no incurriéndose en error ni en equivoco político-criminal si se aplica el mismo raciocinio infraconstitucional acerca de la eutanasia activa indirecta, ésta del mismo modo omitida en dicho texto formal<sup>896</sup> penal. Si el artículo contempla la modalidad más **fuerte** de eutanasia (*activa directa*) y no hace la menor referencia a la forma **pasiva**, tampoco aludiendo a la modalidad **activa indirecta**, que implica un comportamiento más suave que en aquélla, ello significa que no las quiere castigar el legislador ordinario y si las pretendiera reprochar ha escrito muy mal a su respecto, lo que no puede ser utilizado de modo interpretativo **extensivo** (*para alargar el ámbito de la imputación penal*), ya que de este modo se estarían poniendo obstáculos tanto a la expansión de Derechos fundamentales como al propio principio de legalidad.

Igualmente, con respecto a las modalidades punibles de **suicidio** (*inducción y cooperación – apartados 1., 2. y 3. del art. 143 del CP*), **España** las sanciona de manera lógicamente más fuerte (*de cuatro a ocho, de dos a cinco y de seis a diez años de prisión {esta última pena sólo si se consume la muerte}, respectivamente*) que a la causación o cooperación en la **eutanasia consentida** activa y directa (*apartado 4. del mismo art. 143, es decir, de dos a cinco o de seis a diez años de prisión, “con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3” del referido art. 143*). La inducción del afectado por tercera persona para la petición eutanásica, gramatical y lógico-sistemáticamente es un comportamiento **impune** en España, así como lo es en el

---

<sup>896</sup> Ésta constituye una perspectiva jurídica mayoritaria, muy lógica y todavía en racional crecimiento. En el sentido de mi perspectiva, véase, p.e. y antes, a MORILLAS CUEVA (*Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p XXI: “Entiendo, sin embargo, que de la propia descripción de los tipos cabe afirmar que han sido despenalizadas la eutanasia pasiva, directa e indirecta, y la activa indirecta, ya que sería sumamente contradictorio con la expresa atenuación del número 4, la equiparación punitiva de las formas menos graves con el homicidio al no estar integradas en la redacción del reiterado número 4”); lo mismo en *Aspectos penales del consentimiento informado – Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, pp 785 y 786), BARQUÍN SANZ (*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro – Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, pp 156 y ss), ZUGALDÍA ESPINAR (*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia – Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, pp 238 y 239).

ámbito del StGB Alemán, donde también lo es con respecto al suicidio (*con la excepción alemana de los supuestos irresponsables, que constituyen un homicidio en principio*). Particularmente, creo con seguridad que el inducción a la petición eutanásica puede quitar la libertad necesaria del afectado para elegir su fallecimiento anticipado sin vicios **insanables**, por lo que no entiendo que su despenalización constituya una posición de garante exactamente adecuada en cuanto a la preservación **indispensable** de la vida bajo este contexto jurídico (*no se causa la muerte con el inducción, pero sí se induce a que la muerte pueda ser causada*).

En **Alemania**, el tema de la eutanasia está **disciplinado** en el § 216 I. y II., del StGB<sup>897</sup>, que la nombra como “homicidio por petición” (**tötung auf verlan**).

Si es cierto que en la Alemania **nazi-socialista** los terrores de la **doctrina** de la “destrucción de la vida sin valor” (*antes, referida en nota al pie del ítem 1.1 de este Capítulo – “Consideraciones generales acerca de la eutanasia individual y a petición restrictiva”*), basados en las perspectivas en este punto crueles de BINDING/HOCHE, **oscurecieron** aquel país y los sentimientos de todo el mundo con su **niebla genocida** en el período de la II Guerra Mundial, y todo bajo *el consentimiento* del pueblo alemán de aquel entonces, **hoy ya no es ayer**; los tiempos alemanes son otros, sus generaciones son distintas y las responsabilidades intelectivas y volitivas asumidas, en su mayoría, están de acuerdo con el humanismo inherente a los derechos fundamentales. Ello implica que hoy por hoy ya no parezca político-criminalmente adecuado tanto recelo legislativo al tratar el tema eutanásico dentro de los mismos niveles de **progreso** que ha sido una marca **preponderante** del Derecho penal y del Derecho constitucional alemán. Así, considerar la eutanasia como un asesinato semánticamente, es también un modo de disfrazar su **verdadera estructura**, que nada tiene que ver con éste: conducta extrema y reprochable de privación de la vida.

---

<sup>897</sup> “I. Cuando alguien sea determinado al homicidio satisfaciendo el deseo manifestado y sincero del muerto, será condenado a pena de privación de libertad de seis meses a cinco años. II. La tentativa será punible” (Traducción española del StGB: *Código Penal Alemán... cit.*, p 127).

El Derecho penal de Alemania, que manifiesta la preocupación explícita en **punir** la forma tentada de eutanasia (*II., del § 216 – “la tentativa será punible”*), incluye en el tipo de dicho § 216.1 **tanto** la modalidad activa **directa como la indirecta**, al referir de manera amplia a uno que “sea determinado al asesinato satisfaciendo el deseo manifestado y sincero del muerto”. No obstante, resulta **sin punición**, así como en España, cualquiera de las modalidades **pasivas**, a causa de su exclusión terminológica.

La **pena** de “privación de libertad” que el StGB reserva para la **eutanasia activa** es la misma que determina para el “Caso de menor gravedad del homicidio” (§ 213<sup>898</sup>), es decir: privación de libertad entre seis meses y cinco años. Para el **asesinato** propiamente dicho<sup>899</sup> (§ 211 *del StGB*) la pena es la privación de libertad “de por vida” y para el **homicidio simple** (§ 212 *del StGB*) se impone una pena “privativa de libertad no inferior a cinco años” pudiendo, en casos de especial gravedad, **alcanzar** también la “privación de libertad de por vida”.

En **Holanda**<sup>900</sup> y **Bélgica**, sus Códigos Penales tratan la eutanasia activa y directa de modo **impunible**, y no obstante lo sea únicamente de manera restrictiva, a mi juicio todavía no parece exactamente un modelo jurídico-penal (*y sanitario*), en ambos casos, tan **garantizador** como podría (*y, creo, debería*) serlo.

---

<sup>898</sup> “Cuando el homicida, sin culpa propia, fuese irritado hasta la ira por un maltrato causado a él o a un familiar o por una ofensa grave del muerto, y por esto, simultáneamente, arrastrado al hecho, o existiese aún un caso menos grave, la pena será de privación de libertad de seis meses a cinco años” (*idem supra*). Este tipo alemán corresponde al “homicidio privilegiado en Brasil” (§ 1º del art. 121 del CPB). El CPE no contempla directamente esta modalidad homicida menos grave, pero se evalúa a través de su art. 21 (circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal).

<sup>899</sup> El homicidio cualificado en Brasil (art. 121, § 2º, I y II).

<sup>900</sup> “Ley de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio”, que modificó los arts. 293.2 (1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto a que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el art. 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al art. 7, párrafo segundo de la Ley reguladora de los funerales”) y 294.2, segunda frase (“El que de forma intencionad aprestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con la pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el art. 293, párrafo segundo”) del CPH (Véase la traducción española, p.e., con ALONSO HERREROS, Diego, en ‘Una aproximación al documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre eutanasia’ – *Doctrina* –, AÑO XXIII. Número 5685. Viernes, 27 de diciembre de 2002).

Situando este breve comentario básicamente en el corajudo Texto Penal holandés (*el Código belga tiene muchas similitudes con él*), **inicialmente** allí el Poder Judicial solamente se entera del suceso, con regularidad, *a posteriori*. Sin desmerecer a la credibilidad médica, es imprescindible la evaluación jurídica precedente al acto de anticipación del fallecimiento, lo que constituye una patente **incumbencia** del **Poder Judicial**, tras manifestación de la Fiscalía, pues este comportamiento debe ser conocido, evaluado, dividido y formalizado por el Estado, asegurando su más amplia **seguridad** institucional y legitimidad.

**Después**, en principio la concordancia de tan sólo otro médico, además del que asiste al paciente, basta en el CPH para fundamentar el procedimiento eutanásico. Sin embargo, una **obvia** seguridad técnica reside como mínimo en **tres evaluaciones** en el sentido de la eutanasia, incluso con una complementación psicológica, que no es incumbencia, según la propia *lex artis*, de los médicos.

**También**, la permisión para que menores de entre dieciséis y dieciocho años, con la mera participación de sus padres o tutor (*sí porque parece preponderar la decisión del menor*) sean capaces jurídicamente para solicitar una eutanasia, me parece demasiado **peligrosa**, axiológica y humanísticamente, implicando efectos jurídicos a menudo **indeseables** dado la discutible presencia de discernimiento satisfactorio en este contexto.

Otros aspectos (*complementarios o no*) de la eutanasia en **Holanda** me dispense de analizar con algunos detalles en este momento. No obstante, reconozco cierto **avance** de su política-criminal respecto a dicho tema y rumbo a la expansión de Derechos fundamentales inherentes a la persona, mientras son muy puntuales determinadas **exigencias** que en ambas Leyes (*holandesa, sobre todo, y belga*), acerca de la despenalización de la eutanasia, se tornan imprescindibles para que se obtenga el carácter lícito de la anticipación de la muerte (*convencimiento del médico sobre la voluntariedad y seriedad de la solicitud eutanásica y acerca del sufrimiento insoportable y sin perspectivas de cura o siquiera mejora para el paciente; información detallada al paciente; convencimiento conjunto del médico y del paciente sobre ser la eutanasia la solución más razonable; que el médico anticipe el fallecimiento de la manera más suave posible*).

En el entorno del párrafo anterior, lo que por supuesto constituye una observación válida, deducible y reiterada para **toda esta investigación**, el **derecho** de solicitar/consentir la eutanasia **no implica**, en absoluto y jamás, el **deber** de atenderla, si no están inequívocamente **satisfechas** todas las exigencias jurídicas y legales para ello. Tampoco un médico que no quiera (*sea por la razón que sea*) puede ser **obligado** a practicar un acto contra sus convicciones ideológicas o técnicas personales – *lo contrario, sería lo mismo que imponer el autoritarismo redundantemente injusto* –. Recordando a ALONSO HERREROS<sup>901</sup> de modo ilustrativo, por ejemplo en Holanda “se rechazan dos terceras partes de las peticiones que se presentan al médico de cabecera”.

Sin embargo, en el ámbito de los ordenamientos jurídico-penales de la actualidad, que pretenden ponerse en mejor **armonía** con sus respectivas Constituciones democráticas y sociales, ejercitando los Derechos fundamentales contenidos, hay toda una estructuración normativa en sentido **progresivo** para la **aceptación** futura de la licitud del procedimiento eutanásico en general y su consecuente, como mínimo, despenalización, cuando no más adecuadamente **atipicidad**. Antes, MORILLAS CUEVA<sup>902</sup> ha apuntado para una “realidad más reciente”, marcando “lo que pretende ser un fuerte impulso de las tesis despenalizadoras”, acrecentando que de conformidad a “algunas encuestas realizadas”, incluso a comienzos de este siglo y “en países de avanzada economía, la mayoría” de los ciudadanos interrogados son partidarios de la eutanasia. Por ejemplo: **Australia**: 81%; **Gran Bretaña**: 80%; **Canadá**: 74%; **España**: 68%; **EE.UU.**: 60%. En España, por aquel entonces, un periódico nacional obtuvo un 72% de respuestas favorables a la legalización de la eutanasia.

MORILLAS CUEVA<sup>903</sup>, con alguna restricción en lo referente a la **atipicidad** de la eutanasia activa directa, cita que “en definitiva, mostrada la no tipicidad de la eutanasia pasiva en sus dos variables y de la activa indirecta, en las que el consentimiento juega un papel esencial como causa de atipicidad, únicamente considero punible la eutanasia activa directa – por ejemplo la administración de un analgésico que provoca directamente la muerte –, aunque, como se ha visto, en lo que estimo clara

---

<sup>901</sup> *Idem supra* (estadística todavía del año 2002).

<sup>902</sup> *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p XIX.

<sup>903</sup> ‘Aspectos penales del consentimiento informado’- *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón... cit.*, p 786.

tendencia hacia su supresión punitiva, con una importante disminución de pena que realza, también en este supuesto, la importancia del consentimiento en determinadas circunstancias en relación con el bien jurídico vida”. Y **añade** este autor español que dicho “sistema empleado por el legislador español está bien cercano al de la despenalización controlada de la eutanasia, aunque es obvio que no se ha dado el paso definitivo<sup>904</sup>”.

Y si los que **aplican** el Derecho, basados en variadas razones (*ideológico-jurídicas conservadoras, formales-racionalistas radicales, etc.*), permanecen al servicio de Leyes que están por debajo de la adecuación a la hermenéutica constitucional en defensa del **hombre como fin**, según la perspectiva jurídica que defiende en lo que se refiere a la eutanasia directa y primordialmente activa, entonces que **acudan** a tales enfermos que sufren inhumanamente y suplican la anticipación de su fallecimiento, aplicando la alternativa, aunque no exactamente correcta jurídicamente, de la justificación del estado de necesidad<sup>905</sup> en beneficio de estas personas que atienden a sus más sinceros, libres y dignos deseos de no permanecer condenados a vivir como objetos de un **autoritarismo opresor** del Estado que, en este sentido, ya no refleja lo mejor y tampoco lo más justo para el individuo y la sociedad.

### 1.1.9 PROPUESTA DE LEGE FERENDA.

Tras todo lo expuesto, es **metodológico** que me determine (*y quizás me esté atreviendo*) a hacer una **sugerencia** político-criminal formal con respecto a una propuesta en el tema inquieto de la **eutanasia**, y lo hago desde luego receptivo a críticas ante las cuales defenderé mi punto de vista:

“El que matare a otro será castigado con una pena de...; o matar a alguien: pena de...; etc., etc., etc.

---

<sup>904</sup> *Idem supra*, p 785.

<sup>905</sup> En el sentido del estado de necesidad para dichos supuestos eutanásicos extremos, véase antes a BARQUIN SANZ (*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro* – *Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 199).

Si la muerte es producida activamente por un médico u otro profesional bajo su dirección, a petición directa, libre, expresa, seria e informada del afectado mayor de 18 años, en casos exclusivos de enfermedad terminal incurable y de enfermedad incurable no terminal de que resulten, en ambos casos, indudables y penosos sufrimientos, sin posibilidad de atenuación para la persona y sin que ésta pueda físicamente causar la propia muerte, así certificado por tres otros médicos especializados, además de la pericia de tres psicólogos, el acto eutanásico respectivo no constituye delito y tampoco falta. La eutanasia, aunque consentida y en cualquiera de sus casos, deberá ser autorizada por el Juez competente, que dará absoluta prioridad temporal al análisis y decisión del caso, ocurriendo lo mismo con los Tribunales, si acaso la petición llegue a estos<sup>906</sup>.

El que induzca a alguien en tales condiciones del párrafo anterior a que solicite la eutanasia, en cualquiera de sus formas, será castigado con la pena de...”.

En este sentido, sigo el ejemplo de muchos en **defensa de la vida**. Siempre estuve y así permaneceré a causa de elección personal absolutamente libre y consciente. Sin embargo, sobre todo defendiendo la vida que tenga **aseguradas** la libertad y la dignidad a ella inherentes y adecuadas a cada persona.

**Defiendo**, por tanto, a los que, ya sin más soportar el sufrimiento extremo, no les interesa vivir bajo situaciones de enfermedades muy puntuales y excepcionales, incluso porque morir **es también una forma**, como mínimo ética, **de renacer**, siempre y cuando aquel acto implique la afirmación y el desarrollo de la propia personalidad del que sufre.

---

<sup>906</sup> De modo más amplio es la fórmula alemana de la impunidad facultativa, a la que refiere y adhiere, p.e., ROXIN (*Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal...* cit., p 35 y 36), así como lo hizo el Congreso de Juristas alemanes, todavía en el año 1986, la que reformaría el § 216 II del StGB, a través del Proyecto Alternativo Alemán de Ley Reguladora de la Ayuda a Morir:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cinco años quien cometa un homicidio a solicitud expresa y seria de quien no quiera vivir más.

El Tribunal, bajo los presupuestos del apartado primero, podrá excluir la pena cuando la muerte sirva para el cese de una grave situación de sufrimiento insoportable para el interesado que no pueda ser evitada o mitigada por ninguna otra medida”.

**Defiendo**, así, la libertad de la persona, que debe tener garantizado el derecho de afirmar su dignidad, a veces en un último suspiro de **autodeterminación**, aunque sea consintiendo (*y más característicamente suplicando*) en anticipar su propio fallecimiento.

**Defiendo**, pues, la vida como un **derecho** incluso natural, contrariamente al **deber** de vivirla bajo todas y cualesquiera circunstancias degradantes, penosas, a veces humillantes, inhumanas, en el marco del contexto de la eutanasia restrictiva, es decir, **sin aceptar** la condena comportamental-formal esclavista de la persona, sea por razones incoherentes del Estado acobardado o sea por la materialización de conceptos humana y jurídicamente conservadores y poco o nada sensibles a las necesidades patentes del **ser humano**<sup>907</sup>.

---

Igual en España, incluso adhiriéndose al mismo texto, véase, v.g., a ZUGALDÍA ESPINAR (*Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia* – *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, pp 245, 246 y 247, *in fine*).

<sup>907</sup> A los fines de mi punto de vista con respecto a la eutanasia, entre otros sucesos semejantes o peores todavía relato, *verbo ad verbum*, un caso pasado en los años setenta, citado por BAIRD & ROSENBAUM en su monografía sobre la eutanasia, y que a su vez es estimado por BARQUÍN SANZ (*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro* – *Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España* – *Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p 198): “Antonio tenía un melanoma en el vientre, un tumor sólido maligno que en opinión de los médicos era de un tamaño algo mayor al de una pelota de tenis. El cáncer se había iniciado unos meses antes con un pequeño tumor en el hombro izquierdo y desde entonces había sido sometido a varias operaciones. Los médicos planeaban extirpar el tumor del vientre, pero sabían que Antonio moriría pronto. El cáncer se había extendido por metástasis y estaba más allá de todo control. Antonio era de complexión fuerte y tendría unos 28 años. Sufría constantes dolores y su médico había recetado una inyección de un opiáceo sintético cada cuatro horas. Su esposa pasaba con él muchas horas del día y, sentada o echada en la cama junto a él, le daba palmaditas por todo el cuerpo, lo que parecía ayudarlo a aguantar el dolor. Pero por la noche, cuando su esposa volvía a casa, el dolor atacaba sin piedad. A su hora, una enfermera le administraba la inyección del opiáceo y, con esto, el dolor remitía unas dos horas o quizá un poco más. Luego empezaba a gemir o a lloriquear muy bajo, como si no quisiera despertarme. Al poco tiempo comenzaba a aullar, igual que un perro. Cuando esto sucedía, o él o yo llamábamos a una enfermera y pedíamos un calmante. Ella le daba en la boca un poco de codeína o algo similar, pero jamás surtía efecto; no le afectaba más de lo que media aspirina afectaría a un hombre que acabara de romperse el brazo. La enfermera siempre explicaba con las palabras más alentadoras que podía que no faltaba mucho para ponerle la siguiente inyección intravenosa: – solamente unos cincuenta minutos – decía. Y los gemidos y los alaridos del pobre Antonio se hacían más y más fuertes y frecuentes hasta que al fin llegaba el alivio del analgésico. Tanto en los episodios de dolor como después de las inyecciones, Antonio pedía que le pusiera una dosis definitiva y acabaran con su sufrimiento. La tercera noche en que esto se repitió, se me ocurrió que, si Antonio fuera en



## 1.2 EL CONSENTIMIENTO Y EL SUICIDIO.

El **suicida propiamente dicho** (*que también ha sido referido más brevemente en el ítem 1.1.8 de este Capítulo*) no contiene los motivos eutanásicos concretos para quitarse la propia vida (*a excepción lógica, lo reitero, del suicidio eutanásico*), sino que decide matarse movido por razones distintas de una enfermedad terminal incurable, o de una enfermedad sin cura no terminal, y que, en ambos casos, deben además imponer sufrimientos insoportables al afectado, a nivel de una persona así considerada bajo patrones de existencia normal y apta técnicamente para decidir sobre el desarrollo de su personalidad. El **suicida** es, ante todo, alguien que puede necesitar **inmediatos** cuidados (*en conjunto o aisladamente*) de orden sentimental, material, familiar, psíquico-terapéutico, a veces psiquiátrico, pues se trata de un individuo que, al decidir poner fin a su vida, puede estar privado de toda **libertad** necesaria para elegir un rumbo tan extremo a su vida.

Pretender que un suicida pueda consentir auténticamente **como regla** y con este argumento **formalizar** una tal licitud penal de dicho comportamiento para los demás partícipes o co-autores (*inducción, auxilio*), que efectivamente actúan sobre el afectado, cuya libertad psicológica a menudo se encuentra limitada haciéndolo incapaz de consentir con validez y eficacia, sería lo mismo que emprender la ardua y frustrante tarea de buscar casos reales **excepcionales** con la intención de formar una regla legal, lo que huye de cualquier construcción legislativa jurídicamente apropiada, ya que se estaría tornando sin punición un comportamiento con las características delictivas. El suicidio requiere un tratamiento jurídico con matices **peculiares** (*a partir de la sola tolerancia jurídico-penal de la actitud del afectado superviviente*), y entre ellas me parece **justa** y políticamente **garantizadora** la necesidad de mantener la punición de la conducta de la tercera persona que interviene de algún modo en un contexto suicida hacia su realización.

OLMEDO CARDENETE<sup>908</sup>, al posicionarse puntualmente en contra de la destipificación de las conductas accesorias del suicidio, recuerda que “la consideración del suicidio como un acto supremo de libertad contradice a la visión que de tal fenómeno

---

verdad un perro, sin duda le suministrarían cloroformo para que muriera; porque, ¿qué persona que tuviera una pizca de misericordia dejaría sufrir así y sin esperanza a otro ser vivo?

<sup>908</sup> ‘Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido’ – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., pp 110, *in fine*, y 111.

posee la psiquiatría actual que lo concibe, naturalmente, como un comportamiento que en la mayoría de los casos puede calificarse de patológico”.

MANTOVANI<sup>909</sup> enfoca la cuestión del suicidio con particular **cautela**, no obstante me parezca que intenta acercarla demasiado a la cuestión de la eutanasia, como si estuviera, con esto, manteniendo condiciones para la punición de los **terceros** involucrados con el proceso eutanásico.

Así, el reproche legal contra el **inducción** y el **auxilio** al suicidio, que contienen la mayoría de las legislaciones penales de la actualidad, a mí juicio parece político-criminalmente adecuado y justo mantenerlo en defensa de la vida. Sí, no solamente **inducir** (*persuadir, mover a alguien, instigar*) como de igual modo **auxiliar** (*dar auxilio de algún modo a alguien*) deben constituir formas punibles de comportamiento humano activo en relación al suicidio; incluso la omisión consistente en **permitir** que el **suicida** se quite la vida (*siempre y cuando sea posible impedir la muerte sin riesgos personales ni de terceros*), **fuera** de cualquier caso indudablemente eutanásico o que se sepa inmune a cualquier vicio merece atención jurídica. Y por supuesto dichas conductas penalmente sancionadas, sin embargo, deben tener el *quantum* de las penas que les corresponden mantenidas en un rango **inferior** en cuanto a las que se destinan al homicidio clásico, pues indudablemente son conceptual y técnicamente mecanismos jurídico-penales distintos, necesitando tener cada uno su propio hogar para una prevención **general** y destacadamente **especial** socialmente eficaz.

En el CP de **España**<sup>910</sup>, el inducción y el auxilio al **suicidio** son **punibles** con sanciones más **tenues** que aquéllas destinadas al homicidio doloso (*de diez a quince años de prisión {tipo básico} – art. 138; de de quince a veinte años de prisión {asesinato} – art. 139; de veinte a veinticinco años de prisión {asesinato con más de una circunstancia del art. 139} – art. 140*), representando una lógica legislativa con clara **proporcionalidad**.

---

<sup>909</sup> `Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Italia' – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., pp 69 y ss.

<sup>910</sup> Art. 143.1, 2 y 3 del CP (“1. el que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”).

En el CP de **Brasil**<sup>911</sup>, así como en el de España, el inducción o instigación y el auxilio a la conducta **suicida** son **penados** de modo **inferior** a las prácticas homicidas con dolo (*pena de prisión de seis a veinte años {tipo básico}* – art. 121, *caput*; *pena de prisión de doce a treinta años {asesinato}* – art. 121, § 2º).

En el StGB de **Alemania**, las figuras de la inducción y del auxilio al **suicidio** no son tipificadas, lo que implica su **impunidad** inicial. Sin embargo, merece la pena recordar a ROXIN<sup>912</sup> al citar que “de acuerdo con el Derecho alemán – a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros –, la complicidad en el suicidio siempre ha sido impune<sup>913</sup>”, excepto en los casos de **suicidio irresponsable**<sup>914</sup> y **omisión de socorro al suicida**<sup>915</sup>. Enfoca<sup>916</sup> el maestro de Munich que “toda complicidad presupone un hecho principal antijurídico del autor” y como “el

---

<sup>911</sup> Art. 122, I y II del CP (“inducir o instigar a alguien a que practique suicidio o auxiliar a que lo haga: Pena – reclusión, de 2 {dos} a 6 {seis} años, cuando el suicidio es consumado; o reclusión, de 1 {uno} a 3 {tres} años, cuando de la tentativa de suicidio resulta lesión física de naturaleza grave. Párrafo único – la pena se duplica: I – si el delito es practicado con motivación egoísta; II - si la víctima es menor o su capacidad de resistencia es por cualquier modo disminuida” {el original en portugués: “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão, de 2 [dois] a 6 [seis] anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 [um] a 3 [3] anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único – a pena é duplicada: I – se o crime é praticado por motivo egoístico; II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência})).

<sup>912</sup> ‘Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania’ – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., p 34.

<sup>913</sup> En este sentido, como evidencia, véase por ejemplo también a referencia de MORRILLAS CUEVA (*Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit.*, p XXIII).

<sup>914</sup> *Idem supra*, pp 26, *in fine*, y 27. Hay dos tesis para considerar un suicidio irresponsable y, por tanto, haciendo resultar punible por homicidio al cómplice: la primera, básicamente a través del análisis de la irreflexión, precipitación y aflicción momentánea del afectado, que representa la posibilidad de una punibilidad más amplia; la segunda, por medio de la aplicación de las reglas de impunidad, lo que restringe la punibilidad del cómplice. ROXIN (*ibidem*, p 27) opta por el empleo de las reglas de imputabilidad, aunque haya casos en los que ambas tesis implican la inimputabilidad del autor, a ejemplo, en Alemania, del famoso caso del médico Hackethal, “quien en el año 1984 había dado veneno (cianuro potásico) a una mujer gravemente enferma que padecía un cáncer incurable que se le extendía por el cerebro. La paciente se bebió el veneno mezclado con agua, a consecuencia de lo cual falleció al poco tiempo de modo apacible sin indicios de agonía. La acusación formulada por la Fiscalía por un homicidio a petición (§ 216 StGB) fue desestimada tanto por el Tribunal de Traunstein como por el Superior de Munich” (este memorable caso real del médico Hackethal es también estimado por BARQUIZ SANZ {‘La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro’ – ‘Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España’ – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., p 197}, que recuerda la absolución del acusado como de acuerdo a la opinión mayoritaria de la doctrina alemana).

<sup>915</sup> *Ibidem*, pp 29 y 30. Acaece nueva reducción a la impunidad de la participación en el suicidio, “a través del castigo al extraño por un homicidio omisivo, siempre que concurren sobre el autor los presupuestos propios de una posición de garante o, en su caso, a través de una simple omisión del deber de socorro (§ 323c StGB), por no salvar al suicida inimputable trasladándolo a un hospital o adoptando cualesquiera otras medidas idóneas para ello”.

<sup>916</sup> *Ibidem*, p 26.

suicidio no resulta abarcado por el tipo de los delitos de homicidio, por suponer siempre la muerte de otro, tampoco hay complicidad en un delito inexistente”.

Ante todo, el acto suicida sólo es **tolerado** o **impunible en cuanto al afectado** – *por lo menos con respecto a la gran mayoría de los ordenamientos jurídico-penales de la actualidad* –, lo que resulta hermenéuticamente del **silencio** normativo y **directamente** de las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Cuando la Ley silencia acerca del inducción y del auxilio al suicidio, resulta lo mismo. No obstante, al extenderse la **impunidad** a terceros, que, aparte de las razones personales y del tratamiento jurídico-penal especial correctamente destinado al suicida, **integran**, directa o indirectamente, núcleos activos y dolosos en el escenario letal, a través del inducción o del auxilio al suicidio, que tienen adecuadas características propias como delito, según lo entienda político-criminalmente conveniente el legislador, **dicha** impunidad resulta algo que, con todo respeto, no parece **absolutamente** convincente. En este caso, dichas terceras personas asumen papeles de **protagonistas** independientemente del que tiene el suicida. Nada impide jurídicamente que, si el suicida es impune, sus auxiliares o inductores **sean punidos**, pues actúan en contextos distintos a causa de las peculiaridades formales de las conductas, cada una de ellas necesitando un tratamiento jurídico diferenciado de la otra, siempre y cuando la Ley críe un tipo específico, como lo hacen muy correctamente España y Brasil, p.e., con respecto a dichos inducción y auxilio, ya no importando si otro integrante del contexto amplio no es punible por una motivación **personalísima** **incomunicable** a los demás – *en fin, punir a quien quiere morir porque ha tentado quitarse la vida sin conseguirlo, significaría punirle por no haber muerto* –.

### 1.3 EL CONSENTIMIENTO EN EL ABORTO.

El tema del **aborto**<sup>917</sup>, cuyo bien jurídico-penalmente protegido es la vida

---

<sup>917</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel, en ‘*Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma*’ (243/249) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera), Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005, p 243, refiere al aborto como “la muerte natural del denominado, por así decir, producto de la concepción, en el vientre de la madre, producida durante cualquier momento de la etapa que va desde la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) hasta el momento previo al nacimiento”. Y añade no haber “duda que la expulsión prematura y la subsiguiente muerte del feto, fuera del vientre materno constituye sin duda tradicional y actualmente en el Código penal español, también un aborto a efectos penales”. En suma, y como un planteamiento general para los Códigos penales, el aborto (delito de

del feto<sup>918</sup>, es otro de los problemas jurídicos, éticos, religiosos, médicos y filosóficos de extrema **importancia** tanto para el bienestar de la persona como además para el futuro de la propia sociedad. El aborto **provocado**<sup>919</sup> tiene una estrecha vinculación con el *consentimiento*, ya que la mediación (*incluso directa*) o no de dicha otorga por parte de la **mujer**, además de imprescindible jurídicamente en la mayoría de los casos (*son excepciones el estado de necesidad, el consentimiento presunto y la absoluta incapacidad jurídica, que significa cuando no puede decidir la titular del derecho*), juega un papel de relevante importancia con **desdoblamientos** variados en el marco del Derecho penal; es decir, que de esto resultan situaciones de punición o no tanto para la mujer como para los demás involucrados en el hecho respectivo.

**Inicialmente**, hay que referirse a la existencia de **tres puntos de vista** que se posicionan respecto al aborto: **a)** defiende la **impunidad absoluta** del aborto, basado en la plena libertad de la mujer para decidir sobre lo que es mejor para su cuerpo, como una especie de propietaria libre de todo cuanto a ello se refiere, **independiente** de otros derechos que puedan estar involucrados en el contexto y que reclamen su **preponderancia** – *la vida del feto es relegada a un papel claramente insignificante*; **b)** defiende la **punición** del aborto como medio de **protección** del feto desde el acto de concepción y en el mismo nivel que si fuera una persona nacida, lo que expresa, entre otros, “la postura tradicional de la Iglesia Católica” en el mundo, como recuerda, *v.g.*, GONZÁLEZ RUS<sup>920</sup>. Existe **excepción** para el caso de conflicto de bienes entre la vida de la mujer y la del feto, debiendo tener aquélla la preponderancia; **c)** defiende la **punición**

---

resultado) significa jurídico-penal y conceptualmente la muerte del producto de la concepción, durante o tras el proceso de su expulsión (por comisión u omisión) prematura; en este caso, la muerte subsiguiente es debida a dicha expulsión prematura. Si el aborto es espontáneo, es decir, a causa de una anomalía o disfunción orgánica no prevista ni deseada, es lógica y absolutamente inimputable. Sobre el tema del aborto y su natural vinculación con el consentimiento, incluso tratando de una perspectiva histórica, de Derecho comparado y liberal, entre otros autores véase a GARCÍA VITORIA, Aurora, en *El tipo básico de aborto*, Pamplona/España, Editorial Aranzadi, 1981, pp 13 y ss; también a RUBIO LARA, Pedro Ángel, en *La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto* (251/265) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera), Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.

<sup>918</sup> Por todos, véase a GONZÁLEZ RUS, en *‘El aborto. Lesiones al feto’* (119/137) – *Derecho Penal Español – Parte Especial* (Coordinador: Manuel Cobo del Rosal), Madrid/España, Dykinson, S.L., 2004.

<sup>919</sup> ... “que es lo que suele entenderse cuando se habla simplemente de aborto”; es decir, “cuando la muerte del producto de la concepción, en suma, es provocada de cualquier manera: doméstica, química o quirúrgica”, refiere, por todos, COBO DEL ROSAL (*‘Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma’* (243/249) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani... cit.*, p 243).

<sup>920</sup> *‘El aborto. Lesiones al feto’ – Derecho Penal Español – Parte Especial... cit.*, p 122.

del aborto bajo excepciones. Aquí, tanto hay los que adoptan el **sistema del plazo** (*el aborto es impune siempre que sea practicado hasta las **doce semanas** iniciales de la preñez, porque en dicho período el feto no merece protección a causa de su menor significación biológica y los intereses de la madre son superiores*) como los que sostienen el **sistema de las indicaciones**<sup>921</sup> (*el aborto tiene como regla su punición, no obstante situaciones de conflictos jurídicos como la **necesidad** de salvar la vida de la madre o de mantener su integridad física y psicológica ante un grave peligro, el embarazo **motivado** por una violación sexual, la preñez con el **feto** física y/o psicológicamente defectuoso y sin posibilidad de arreglo post parto y el **desaliento** socio-económico para el entorno de la gestante {ella y su familia}, fundamentan la impunidad de la conducta abortiva*). Mientras tanto, la fórmula del sistema de las indicaciones no contiene **necesariamente** las cuatro hipótesis referidas en este ítem en todos los ordenamientos jurídico-penales que la adoptan. Son, por ejemplo, los casos de **España**, con tres excepciones y de Brasil, con sólo dos.

A mi juicio el método del **sistema de indicaciones** es el más **garantizador**, pues no se aleja de modo jurídicamente inaceptable de la protección que merece la vida intra-uterina. Ello, no obstante, bajo **dos condiciones**: **a)** que la modalidad de **indicación social** de aborto esté **excluida**, pues se trata de un **temeroso** “termómetro” de base material y con una impresión social negativa en principio superable, inmediatamente circunstancial y sin ningún respeto a los derechos del feto, los que, por su estructura en este supuesto, deben superponerse a la voluntad abortiva; **b)** que la modalidad **eugenésica** sea mantenida de forma **restrictiva** y bajo **reflexiones** perennes, además con el papel fundamental del *consentimiento* libre de la mujer.

Y todo, el sistema de indicaciones **limitado**, con el empeño permanente del Estado en **despertar** la conciencia y la responsabilidad de las personas, esclareciéndolas sobre los métodos disponibles para evitar embarazos indeseados – *ofreciéndolos al mismo tiempo* –, mientras las fortalece en el sentido de evitar al máximo que consientan en abortamientos que puedan ser, en una **mezcla** de racionalismo y afectuosidad, llevados adelante.

---

<sup>921</sup> De manera mejor detallada, y por todos, véase a GONZÁLES RUS, *idem supra*, pp 122 y 132.

La mujer **embarazada** (*fundamentalmente ella en cualquier caso*), mejor dicho, la madre del **ser vivo** intra-uterino (*tiene vida sin haber nacido*), tendrá que, en los casos sin punición legal, decidir sobre quitar o no la vida<sup>922</sup> (*es siempre una vida en forma especial*) que lleva en su vientre. Realmente, este es el tema. Sí, pues nadie y nada, bajo cualesquiera esfuerzos científicos y todavía menos mundanos, ha conseguido **comprobar** hasta hoy (*y dudo que algún día logre hacerlo*) que la vida intra-uterina no empieza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Bajo esta perspectiva, todo abortamiento **mata** un ser aún no nacido, cuyos derechos que le son inherentes (*sobre todo estos*), entre ellos el de poder nacer, tornándose un ser extra-uterino, **necesitan** tener absoluta protección, siempre y cuando no intervenga una motivación jurídica que legítimamente se ponga por encima de ellos. Las Constituciones y los Códigos civiles y penales característicamente tratan este tema con seriedad y mayor o menor objetividad. En síntesis, los derechos del *nasciturus* son en regla derechos **como lo son** los de los nacidos.

Es fundamental desde luego recordar que, en cuanto a los supuestos de aborto no sancionados por el Derecho penal de los diversos países – *destacadamente de Constitución democrática* –, **excepto**, solamente en principio, para el caso justificante del **estado de necesidad**, cuando la supervivencia inicialmente somática de la madre depende del abortamiento y ello es más el resultado de una **evaluación** y de una **ponderación de valores** médicos, **para todos** los demás supuestos el *consentimiento* de la **madre** juega un papel determinante para **sólo así** – *lo que político-criminalmente es justo y muy acertado* – poder tornar lícito el comportamiento del autor. Sí, incluso en el caso del estado de necesidad, cuando la madre **no consiente** en abortar para, así, salvar al feto, en condiciones de normalidad psicológica su voluntad debe ser preponderante.

**Empero**, la **modalidad** de *consentimiento* que media en el ámbito del tema del aborto es algo **distinta** del *consentimiento* que constituye el **núcleo** de toda esta investigación. Me explico, el *consentimiento auténtico* (*como causa de atipicidad*) solamente puede existir cuando el **propio titular** del bien jurídico-penalmente protegido expresa con libertad y autodeterminación su voluntad rumbo al desarrollo de su personalidad. En la temática del aborto, reitero que una **tercera persona** (*la propia*

---

<sup>922</sup> Excepto la hipótesis terapéutica, cuando esté impedida de hacerlo: desacordada, trastornada mentalmente, drogada, etc.

*madre, básicamente, los padres o el tutor*) es la que decide sobre los destinos de la vida que existe palpitante en el vientre y de la cual no es, no será y tampoco podrá ser propietaria jamás, esclavizando o sacrificando como quisiera un pequeño e indefenso corazón que bate... casi sólo bate, en su gana absolutamente **inocente** y **natural** de poder vivir extra-uterinamente.

Sí, el aborto es una cuestión claramente **peculiar**. El hijo que lleva la madre en su vientre no es un mero objeto disponible, sino un bien jurídicamente protegido, ostentando en su forma **embrionaria** (*quieran o no quieran*) el *status* técnico-biológico y jurídico-constitucional<sup>923</sup> de **vida** humana materialmente concretizada en su forma básica y en desarrollo hacia su plenitud existencial. Vida que, de forma muy garantizadora, debe siempre e indudablemente estar **protegida**, expresando así una inequívoca posición de garante y credibilidad institucional.

La **relación sexual**, un acto de extremo placer y bienestar que es en condiciones de normalidad, mucho más debe significar un comportamiento de **conciencia** y **responsabilidad** consentida del hombre y de la mujer para que no resulten embarazos irresponsables con vidas intra-uterinas amenazadas o sacrificadas sin culpa por su propia existencia. Esta cuestión, por supuesto, está involucrada en una seria temática **cultural** y **coyuntural** que reclama una posición de garante permanente de las autoridades, del Estado y de la sociedad, en el sentido del esclarecimiento a que las personas se enteren de su importancia y valor antes que les surja el grave y angustiante problema de un embarazo indeseado pero concretizado por falta de precauciones elementares. Ante todo, el aborto, más que *consentimiento*, significa un **conflicto** entre el interés del feto y de la mujer, donde hay una preponderancia inicial a favor de ésta.

### 1.3.1 LAS MODALIDADES DE ABORTO MÁS COMÚNMENTE IMPUNES.

**Comúnmente**, recuerdo que el **objeto material** del delito de aborto debe estar restrictivo a los casos de desarrollo de **procesos fisiológicos** de preñez, evitándose situaciones naturalmente **patológicas**. Es decir, obviamente, que fetos

---

<sup>923</sup> También bajo el aspecto religioso, p.e. Cristiano en todas sus formas de manifestación (católica, ortodoxa-griega, espiritista, protestante), Budista, Hinduista.



mueritos y fetos parásitos (*extraídos o que tienen su expulsión uterina provocada*), así como, obviamente, aquellos productos de una expulsión orgánica **espontánea** (*se tornan un cuerpo raro en el interior uterino*), no constituyen algo de interés típico.

Los modelos de **aborto terapéutico** y de **aborto** motivado por una **violación sexual** son, en regla, muy característica y acertadamente impunes en los Códigos penales de los Estados democráticos de Derecho, sobre todo, y el último, donde se da el laicismo constitucional. No obstante, la forma **terapéutica** (*o necesaria*) de abortamiento impune puede tener variaciones gramaticales, a partir de la justificación de la conducta, más o menos flexibles (*cuando existe un gran e indudable riesgo grave para la vida o la salud física o psíquica de la madre {modalidad **amplia**, en principio expresando una mayor garantía jurídica} o bien sólo cuando se presenta como medio exclusivo para salvar la vida de la madre {tipo **restrictivo**}, naturalmente siempre dependiendo de los criterios político-criminales más abiertos o no utilizados*). Lo mismo puede pasar con la **violación**, según la mayor o menor significación del término en el medio jurídico que lo utilice. En el aborto necesario, en condiciones características básicas, no hace falta que **intervenga** el Poder Judicial.

A su vez, la **violación sexual** de la que resulta un embarazo y consecuente aborto (*algunos lo nombran aborto con **indicación ética**<sup>924</sup> – terminología que no me parece exactamente adecuada, ya que no se trata de ética precisamente hablando, sino específicamente de la dignidad, intimidad, etc., ultrajadas de la mujer, a quien compete decidir sobre abortar o no – o entonces aborto **sentimental**<sup>925</sup>*), la que de modo amplio significa toda **actividad** sexual que genere una preñez sin *consentimiento* válido y eficaz de la mujer, constituye otra hipótesis patrón de comportamiento impune y **justificado** para el aborto (*si lo desea la madre, lo repito*). Es así que se trata más de un **conflicto** de intereses propios del estado de necesidad (*ex.: la vida del feto frente a la inexigibilidad de tener que aceptar un hijo proveniente de la comisión de un delito sexual*<sup>926</sup>). Obligar a

---

<sup>924</sup> GONZÁLES RUS (*‘El aborto. Lesiones al feto’ – Derecho Penal Español – Parte Especial... cit.*, p 132), p.e., se refiere a “indicación (impropiamente) *ética*”.

<sup>925</sup> Este término lo utiliza, por todos, RÉGIS PRADO (*Comentarios ao Código Penal... cit.*, p 541), que aún cita, bajo el mismo dignificado, la variación aborto “humanitario”.

<sup>926</sup> GONZÁLES RUS, en *‘El aborto. Lesiones al feto’ – Derecho Penal Español – Parte Especial... cit.*, pp 132 y 133, refiere que “como declara el TC, el **fundamento** último de esta causa de justificación se encuentra en la idea de no exigibilidad, entendida como criterio orientador para decidir la prevalencia de intereses en conflicto: el derecho no puede obligar a la mujer embarazada a soportar las consecuencias de orden personal,

dicha mujer a llevar en su vientre y tornarse madre extra-uterinamente de un hijo que no quiso y le fue de cualquier modo impuesto sería lo mismo que **desmerecerla** como persona, sin respeto a su dignidad, a su libertad, a su autodeterminación, a su integridad física y psíquica, a su intimidad, a su honor, al desarrollo de su personalidad, etc., que se **superponen** por encima del deber de proteger la vida del feto en tales circunstancias. Es decir, concretamente, que el mal causado por el aborto consentido tras una violación sexual **es menor** y **reduce** el mal causado a la mujer por su violación, como, a su modo, recuerda RÉGIS PRADO<sup>927</sup>. En esta modalidad de expulsión del producto de la concepción, normalmente<sup>928</sup> no necesita **intervenir** la Justicia como mecanismo de protección legal.

En cuanto al **aborto eugenésico** o **embriopático** (*fetos indudablemente portadores de graves deformidades o taras psiquiátricas y/o somáticas o bien sin perspectiva de vida extra-uterina que no sea de algunos minutos, días o semanas*<sup>929</sup>), ahí reside una clara **divergencia** entre los ordenamientos jurídico-penales que, con inequívoco acierto, no adoptan la impunidad amplia del aborto. Países como **España**, de forma más amplia, **no punen** el aborto eugenésico y reglamentan su realización con un papel fundamental e informativo del médico que no aleja la posición formal de garantía jurídica. Mientras otros como **Brasil**, aunque lo puna, discute en su Corte Constitucional si el feto defectuoso (*acéfalo, anencéfalo, hidrocefalo*) que tendrá solamente algunas horas de vida tras su nacimiento está dentro del concepto eugenésico sancionable<sup>930</sup> o si en

---

familiar y social que se le derivarían del nacimiento de un hijo que es fruto de un grave atentado a su dignidad y libertad”.

<sup>927</sup> *Comentários ao Código Penal... cit.*, p 541.

<sup>928</sup> Utilizo con precaución la no intervención de la Justicia, pues como para todos es un derecho constitucional la tutela judicial, en casos puntuales tanto el aborto terapéutico como el sentimental pueden ser objeto de una evaluación jurídica específica, sobre todo el caso de la violación sexual, a causa de razones temporales muy obvias.

<sup>929</sup> GARCÍA VITORIA, citada por GOZÁLES RUS (*idem supra*, p 125), recuerda con objetividad que están fuera del ámbito del objeto material del aborto los casos de fetos “en que falte el corazón, la cabeza o el cerebro, pues ya no sería vida humana”.

<sup>930</sup> Aunque en su mayoría el Tribunal Constitucional de Brasil mantenga la prohibición hermenéutica de abortamiento en situaciones de ausencia completa de perspectiva de vida extra-uterina del feto, adoptando conceptos más morales, religiosos e incluso radicalmente conservadores, en lugar de un punto de vista jurídico-técnico y constitucional, posicionamientos a ejemplo del que han adoptado los ministros MARCO AURÉLIO DE MELO, CARLOS AYRES BRITTO, CELSO DE MELO y SEPÚLVEDA PERTENCE vienen acalorando debates sobre la necesidad progresista y liberal de desarrollo del tema (p.e., véase a <http://conjur.uol.com.br/textos/247406> {02.07.2004}; <http://conjur.uol.com.br/textos/250234> {21.10.2004}). Además, en grados jurídicos inferiores otras decisiones valientes y jurídicamente amparadas en la Constitución brasileña vienen asegurando la no obligatoriedad de tener la mujer (destacadamente) que soportar los padecimientos psíquico-somáticos de un parto cuyo feto no presenta ninguna perspectiva de vida

dichos casos la **absoluta** falta de perspectiva de vida extra-uterina y los daños psicológicos y/o físicos a la madre, sobre todo, elevando principios y valores constitucionales (*la dignidad, la integridad psíquica y física, el bienestar, el desarrollo de la personalidad de la mujer*) no fundamentan la impunidad en un escenario de abortamiento tan excepcional, a partir de la **inexigibilidad de otra conducta**, lo que, a mi juicio, debe ser convalidado, como mínimo jurisprudencialmente, mientras no intervenga el legislador infraconstitucional, pues teniendo el feto protección, protección igualmente e incluso superior (*constitucional*) tiene la madre en estos casos patentemente puntuales que ya no pueden estar sometidos a posiciones jurídicas claramente vinculadas a ideologías **fundamentalistas**. Y lo planteo sin que defienda el aborto en dichos supuestos, sino el derecho de la mujer gravemente molestada a poder o no optar por ello.

Así, esas tres modalidades (*terapéutica, motivada por violación sexual y eugenésica*), dentro del **sistema de las indicaciones**, y que suelen no ser punidas en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales que **reprochan** el aborto libre, merecen un breve análisis sobre su **naturaleza jurídica**, a causa de ciertos matices muy específicos contenidos en la estructura de cada una de ellas.

### 1.3.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Siempre y cuando la vida o, en su caso, la integridad física o psíquica de la gestante está en grave peligro, si ella no ha dado causa al **estado de necesidad** de abortamiento, sí se trata de una causa de **justificación**<sup>931</sup>. Hay una **ponderación** muy patente de valores entre los graves riesgos que amenazan la madre y la situación del feto. La vida del feto es una vida intra-uterina, un ser vivo sin haber todavía nacido, una perspectiva de vida extra-uterina, **preponderando** muy lógica y jurídicamente la protección a la vida consolidada de la madre, lo que dispensa de otros comentarios.

---

extra-uterina (fallos, v.g., en los Estados de Rio Grande do Sul {juez RAFAEL PAGNON CUNHA}; Pernambuco {desembargador SÍLVIO DE ARRUDA BELTRÃO}, recordando que el sistema de control descentralizado de la Constitución permite tales decisiones independientemente de los rangos jurídicos inferiores en relación a la Corte Suprema, desde que a ésta no llegue un recurso de amparo y tampoco vincule a través de “Súmula” su punto de vista extremo – <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u108982.shtml> {13.05.2005}).

<sup>931</sup> Si la madre ha dado causa al estado de necesidad para sólo así quitar la vida del feto, por supuesto que su vida debe ser salva pero puniéndose su comportamiento criminoso (art. 145.2 del CPE; art. 124 del CPB; § 218, III del StGB).

**No obstante**, ¿y si la madre está muriendo (*el caso de una eclampsia aguda y desahuciada entre el sexto y el noveno mes de embarazo, p.e.*) sin ninguna **perspectiva** de salvarse, aunque con el sacrificio de la vida del feto? En situaciones así es **lícito** que el médico salve la **vida** del bebé, si tiene la certeza terapéutica de sus condiciones de supervivencia, al contrario de la madre, ya que el estado de necesidad asume un papel jurídico de **garante** absolutamente lógico en pro de la vida intra-uterina.

En todos los casos de estado de necesidad para salvar a la madre, el aborto podrá ser realizado en **cualquier momento**, es decir, sin que importe la edad del feto.

Otro supuesto también relevante es cuando la madre **elige** (*consiente*) sin vicios en **no abortar**, aunque con esta actitud va a **morir** salvando la vida del niño que lleva en su vientre. Este *consentimiento* debe ser **respetado** por el médico y jurídicamente garantizado (*de otro modo constituiría, como mínimo, un delito de coacción*), aunque terapéuticamente sea más adecuado salvar a la vida de la madre, quitando la vida intra-uterina. Sí, atender a la manifestación libre de la voluntad materna en tales circunstancias significa la **valoración** de la libertad y de la dignidad de la afectada, con absoluto respeto al desarrollo de su personalidad, lo que recibe una total fundamentación **constitucional** e incluso expresa una patente pujanza **personalista** del hombre y del Derecho consecuente, pues contrariamente se estaría ante el **utilitarismo** totalitario por encima del bien y del mal al que tanto critica, *verbigracia*, MANTOVANI<sup>932</sup>. El deber médico en algunas situaciones concretas puede presentarse histórica y lamentablemente **impositor** contra los atributos de la personalidad del paciente, y como demuestra la tradición Hipocrática no siempre está de conformidad a lo que **significa** jurídica y efectivamente lo justo, sobre todo en el marco de una civilización en desarrollo creciente, que acertadamente destaca al hombre, a la persona, como su fin **primordial**, lo que significa decir que respetando y garantizando todos los derechos que le son inherentes e incluso correlatos.

---

<sup>932</sup> *'Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Italia' – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal... cit., pp 90, 91 y ss, p.e.*

Constituye también una causa de **justificación**, como **ejercicio legítimo de un derecho** de la mujer embarazada, el aborto practicado a su solicitud (*de sus padres o tutor, en su caso*) y motivado por una **violación sexual**, donde es formalmente permitido – p.e., *España, Brasil, Alemania* –.

Es cierto que en el embarazo causado por una violación hay, como en todos los demás casos, una vida en formación intra-uterina cuyos derechos, sobre todo los que le son **inherentes**, deben ser constitucionalmente protegidos. No obstante, hasta el nacimiento del feto con vida éste no se trata todavía de una existencia humana jurídicamente absoluta, extra-uterina, sino de una segura **perspectiva** suya. Si **es cierto** que el **ejercicio legítimo de un derecho** no puede estructuralmente y en su sentido amplio ser empleado para justificar la privación de una vida por tercera persona, aún **es inequívoco** que en este caso del abortamiento motivado por una **violación sexual**, y desde que medie el *consentimiento* auténtico de la afectada, no se trata de quitar la vida de un individuo en su significado jurídico pleno, sino de una vida con perspectiva inequívoca de tornarse como tal, la que, además excepcionalmente y de manera indudablemente **criminal**, ha sido impuesta a la madre contra su completa voluntad, lo que significa que no hay ningún fundamento de orden jurídico válido para exigir su manutención contra el ejercicio legítimo del derecho de la mujer de no concluir la maternidad **ilegítima**. Y **tampoco** dicho escenario podría impedir que, una vez desee la madre tener al hijo generado de manera criminal, le **garantice** igualmente este derecho (*al revés*) el Estado con todos los medios disponibles.

Normalmente, el aborto motivado por una violación sexual debe ser practicado dentro del espacio alrededor de **doce semanas** desde la fecundación, lo que constituye tiempo suficiente para la **decisión** de la madre (*o, en su caso, de los padres o tutor*), además de tratarse de una fase menos avanzada del embarazo.

En el caso del aborto **embriopático** la situación teórico-sistemática es penalmente distinta de una causa de justificación. En las legislaciones penales que no punen esta modalidad de aborto (*España, Alemania, v.g.*), a mi juicio se trata de una causa de **exculpabilidad**, es decir, de impunidad por **imposibilidad de exigirse otra conducta** de los agentes, desde que haya mediado el *consentimiento* materno o del representante. La **tipicidad** y la **antijuridicidad** permanecen activas en esta modalidad

abortiva, además de la **capacidad** penal de la madre y del autor para ser responsabilizados penalmente, como también, y antes, no está ninguno de los comportamientos (*eliminadores de una vida intra-uterina*) involucrados en una cuestión de **desconocimiento** del ilícito. Mientras tanto, en los países que tienen el aborto eugenésico **legalizado**, ya **no es posible** cobrar de la madre otro comportamiento jurídico distinto de aquél adoptado de conformidad a sus convicciones y valores personales. En la situación eugenésica la vida o la integridad física o psíquica de la madre no están gravemente amenazadas, la gestación no ha sido impuesta a la mujer y de manera criminal, sino que ha sido **deseada** aunque resultando la interferencia de un factor inesperado e inevitable sin personas culpables: **el defecto fetal** – *sobre todo es inocente el feto* –. El **tipo** básico descrito formalmente es realizado y contra el derecho en su sentido más amplio, pero el contexto legal-penal específico e impune **no permite** que se exija una **conducta distinta** de la madre que solicita el abortamiento para el desarrollo de su personalidad en tales circunstancias.

Sin embargo, **no pocos** (*y elogiables*) son los casos de madres y padres que, por una especie de altruismo – *y siempre como una actitud de fe, solidaridad y coraje humano* – respecto a los hijos enfermos y sin cura que se encuentran en gestación, **eligen** tenerlos, aunque con taras, deformidades o deficiencias físicas y/o psíquicas que les acompañan de por vida.

Para los supuestos de aborto **eugenésico** el plazo para su realización suele ser alrededor de **veintidós semanas** desde el inicio del embarazo.

Las hipótesis **excluidas** de punición en los diversos Códigos penales que, como regla, sancionan el aborto, estructuralmente son **exhaustivos** y suelen empeñarse los juristas más conservadores en mantenerlos así, es decir, restrictivamente sin **atender** a los conflictos que algunas veces se instalan fuera de estas reglas estrictamente formales (*necesitando solución justa dentro del marco del ordenamiento jurídico*) y **tampoco** a la necesidad legítima de **expansión** de los Derechos fundamentales de la persona nacida que en ciertas ocasiones especiales pueden ponerse por encima de los derechos del feto.

### 1.3.3 ALGUNOS CASOS PARALELOS.

Hay determinados casos que parecen especialmente en **conflicto**, como variaciones dentro de contextos donde la Ley en principio asegura la posibilidad de aborto legalmente **impune**. Me refiero a supuestos en los que puede ser cuestionable a qué titular de voluntad debe el Estado atender. Sin embargo, **lógica** y **equilibrio** jurídico son una mezcla apropiada para solucionar dichas cuestiones.

Ejemplo 1: si el embarazo es resultado de una violencia o de otro **cualquier vicio** (*engaño, error*) **invencible** contra la mujer y el autor lo asume y quiere que la preñez prosiga contra la voluntad de la madre. ¿Debe ser realizado el aborto?

Por supuesto que sí, pues la madre es la que lleva en sus entrañas al feto, a ella **vinculado** umbilicalmente, por ella **nutrido** intra-uterinamente, de ella **dependiendo** fundamentalmente para su existencia y equilibrio futuros extra-uterinos. De la madre para el feto es donde está la **sanidad** psicológica y espiritual básica del embarazo. La situación preponderante de la expresión de la voluntad libre de la mujer en tales casos es elementalmente destacada sobre la del hombre, tanto jurídica como axiológica, ética, psicológica, social y humana en general. Esta cuestión no creo que reclame más argumentos.

Ejemplo 2: si en una hipótesis **eugenésica** la madre solicita el aborto pero no lo quiere el **padre**. ¿Debe de preponderar la voluntad de la madre?

Es **seguro** que la manifestación de la voluntad autodeterminada de la mujer debe jurídicamente preponderar, **básicamente** por idénticas y semejantes razones a las del número anterior.

Ejemplo 3: una **menor precoz** (*psíquico-social y físicamente*) se pone embarazada tras ser violentada y, **contra** la voluntad de sus padres, **quiere** tener al hijo. ¿A qué expresión de la voluntad se debe respetar?

Sobre todo cuando efectivamente está **comprobada** la precocidad, constituye una expresión de **garantía** jurídica muy puntual que se atienda a la voluntad de

la madre. No obstante, en cualquier caso (*es decir, igualmente cuando la menor no es precoz, lo que normalmente ocurre*) es **imprescindible** evaluar si la realización del aborto por decisión de los padres o del tutor no va a dejar peores daños a la chica que el nacimiento del feto, debiendo **preponderar** la voluntad de ésta, incluso cuando haya alguna duda, lo que constituye una notable forma de garantía jurídica en lo que al **desarrollo** de su personalidad se refiere<sup>933</sup>.

En suma, si en el contexto indudablemente abortivo no concurre un vicio **invencible**<sup>934</sup> ocasionado por la mujer, **jurídicamente** es su voluntad libre, informada y autodeterminada la que debe ser respetada.

#### 1.3.4 EL TRATAMIENTO LEGAL EN ESPAÑA, BRASIL Y ALEMANIA.

La atención legal que merece el tema del aborto en el marco del Derecho comparado, en parte similar y en parte distinta entre sí, refleja la **importancia** de la **influencia** de cada contexto cultural en el que está involucrado.

##### 1.3.4.1 ESPAÑA<sup>935</sup>.

El aborto es un **delito** en España, con o sin el *consentimiento* de la mujer<sup>936</sup>, aunque bajo tres **excepciones**<sup>937</sup> muy puntuales en su Legislación penal, las

---

<sup>933</sup> Sobre el respeto a la decisión de la menor, BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 54) asume que, sin duda, “contra la voluntad del menor no puede llevarse a cabo el aborto, aunque el padre, la madre o el representante legal consienta. Debe respetarse el libre desarrollo de su personalidad”).

<sup>934</sup> Es decir, cuando el vicio es vencible, aunque lo haya causado la mujer (ésta, en un primer contacto sexual y tras conocerse un par de horas antes, dice al hombre que no necesitan utilizar preservativo masculino para yacer porque ella está tomando pastillas contraceptivas, y esa mentira la acredita aquél), aún así su voluntad debe ser respetada. Empero, cuando se trate de un vicio invencible igualmente causado por la mujer contra el hombre, como antes enfoqué, no hay fundamento jurídico para obligar a un hombre a ser padre de un hijo que no quiso ni consintió en engendrar.

<sup>935</sup> Arts. 144, 145.1 y 2. y 146 del CPE. Sin embargo, dichas disposiciones normativas no tratan directamente de los casos impunes de aborto, remitiendo el tema hacia el no derogado art. 417bis del CP de 1973, de conformidad a la “Disposición derogatoria” y sus excepciones del actual Código Penal español.

<sup>936</sup> No obstante sea un delito, el consentimiento de la mujer hace reducir la punición del autor que, de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación profesional, pasa a ser de uno a tres años e inhabilitación. La mujer que produce en sí misma un aborto o autoriza a tercero que lo haga es punible con prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.



que complementan el art. 145.1 del CP. Es decir, que el art. 417bis del CP de 1973 **permanece** en vigor. Sí, el aborto **terapéutico**, el aborto a causa de una **violación sexual** y el aborto **eugenésico** no son punibles.

La forma **terapéutica de aborto** es obviamente lícita en España bajo una concepción formal más amplia, p.e., que en Brasil, pues además de proteger la **vida** de la gestante igualmente lo hace en cuanto a la **salud** física o psíquica de dicha embarazada, cuando estén en **grave peligro** – *y, como mínimo, debe ser sólo un seguro grave peligro el que torne lícito el aborto médico* –. Por supuesto, esta modalidad de aborto puede ser practicada en cualquier fase de la gestación.

El aborto lícito motivado por una **violación sexual**, que puede ser realizado hasta que se completen las **doce semanas** iniciales de la preñez, necesita ser ante todo **denunciado** y obviamente consentido. Además, es muy convincente que jurídicamente en el término violación sexual de la mujer se incluya cualquier forma con la que se le **imponga** un embarazo, es decir, cuando le falte a la preñez el *consentimiento* válido y eficaz (*una fecundación artificial con amenaza o engaño, etc., etc., etc.*), ya que esta perspectiva es una manera de expansión de Derechos fundamentales de la madre (*la dignidad, la libertad, la intimidad*), que tiene **prioridad** en el contexto.

La modalidad **eugenésica** de aborto lícito acaece cuando “el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas” (*art. 417bis, 1.3ª*), siendo requisito que sea realizado antes de que se completen las **veintidós semanas** desde el comienzo del embarazo.

---

<sup>937</sup> EDUARDO ESPÍN (*Los derechos de la esfera personal* – *Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos... cit.*, p 219) recuerda que el actual CP español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), mantiene idéntica situación a la anterior con respecto al aborto, es decir, “sancionando como delito la interrupción del embarazo, pero admitiendo al tiempo la despenalización de tres supuestos de aborto en función de las razones que justifican dicha conducta”. Y prosigue que el aborto eugenésico es el primero ellos, “cuando existen graves daños en el feto, en cuyo caso el Tribunal Constitucional entendió que la sanción penal entraña la imposición de una conducta a los padres y, en especial a la madre, que exceda a la que es razonable exigirles”. El segundo supuesto es el del “aborto terapéutico, cuando existe riesgo grave para la vida o la salud física o psíquica de la madre”. El último, se trata del aborto “porque el embarazo se produjo como consecuencia de una violación sexual”. La segunda y tercera excepción han sido consideradas justificadas por el Tribunal Constitucional, pues se produce “la renuncia a la protección de la vida del feto en virtud de los derechos y bienes de la madre contrapuestos a aquélla: el derecho a la vida e integridad física de la madre el primer caso, y los derechos a la integridad física y moral, a su dignidad personal, al libre desarrollo de su personalidad y al honor e intimidad personal en el segundo supuesto”.

Estos tres supuestos de aborto impune **necesitan** de evaluaciones médicas y de la realización del respectivo acto abortivo por profesionales de la medicina con todos los **cuidados** técnicos que les correspondan y en centro o establecimiento sanitario acreditado. **Excepción** sirve para el aborto terapéutico que, a causa de una **urgencia** (*normalmente con peligro actual*) que juegue con la vida de la mujer, puede justificar la intervención de un tercero no médico y naturalmente la ausencia de dictamen del especialista, como incluso la falta de local apropiado. También, las formas **imprudentes** de punición del aborto no afectan a la mujer, sino solamente a la tercera persona autor.

#### 1.3.4.2 **BRASIL**<sup>938</sup>.

El ordenamiento jurídico-penal infraconstitucional brasileño **pune** desde el **comportamiento básico** de **aborto**, medie en él o no el *consentimiento* de la mujer, haciéndolo de forma **proporcional**, es decir, con la pena de uno a cuatro años de prisión, si se produce el asentimiento de la embarazada, o de tres a diez, cuando inexistente el asentimiento. El *consentimiento* dado por la gestante para el aborto bajo **cualquier vicio** invencible es naturalmente **inválido** y **punible**, como también el tipo se torna **cualificado** cuando de su práctica resulta **lesión corporal** grave o **muerte**; en este caso la pena se equipara a la del homicidio simple (*art. 121, caput, del CPB*): de seis a veinte años de prisión. Las penas impuestas por el Poder Judicial **no impiden** que otras de carácter administrativo-ético sean aplicadas contra el profesional médico por su corporación.

No obstante, la Legislación penal de Brasil adopta **formalmente** el sistema de las indicaciones acerca del aborto, permitiendo **dos** de sus modalidades: la forma **terapéutica** y la causada por **violación sexual** de la mujer.

La forma **terapéutica** de aborto no punible en Brasil presenta un modelo gramaticalmente más **restrictivo** que el de España y Alemania – *en éstos, también la salud física y psíquica de la embarazada justifica el abortamiento cuando está bajo un grave peligro* –. En Brasil, el aborto terapéutico asume forma impune cuando se torna

---

<sup>938</sup> Arts. 124, 125, 126 y párrafo único, 127, 128, I y II, del CPB.

necesario practicarlo para **salvar la vida** de la embarazada<sup>939</sup>. Sin embargo, por mucho de lo antes expuesto a lo largo de esta investigación, las directrices constitucionales democráticas y sociales del Estado brasileño, que llevan los Derechos fundamentales como *punctum pruriens* de su propia **estructura** y fórmula **política-ideológica**, ya exigen la intervención del legislador infraconstitucional para en el rango penal jerárquicamente inferior **formalizar** la dilatación del término “salvar la vida”, además de los esfuerzos doctrinales y a veces jurisprudenciales actuales, añadiéndole finalmente su significado más **expansivo** y **garantizador** del Derecho público. Salvar la vida en este escenario jurídicamente tan melindroso nada más es, bajo una valoración seguramente axiológica-teleológica y constitucional progresista y real, que de manera amplia mantener la vida física y psicológica sana de la mujer, siempre y cuando esté frente a un grave peligro... y el embarazo puede, en situaciones puntuales, **representarlo**.

En cuanto a la cuestión de la **violación sexual** motivadora del aborto lícito, el CP brasileño adopta el término “estupro”, que significa yacer con una mujer bajo violencia física o grave amenaza (*art. 213 del CP*), y que de ello resulte un embarazo, es decir, con **absoluta** falta de *consentimiento* de la afectada. Sin embargo, cuando la mujer es empuñada con el empleo de cualquier otra forma de **vicio** (*error, engaño invencible* – *art. 215 del CP*), esto significa una modalidad de violencia moral contra su libertad, su dignidad y su intimidad, imponiéndole una gestación tan **indeseada** y tan necesaria de **repudio**, según la voluntad de la afectada, como aquella resultante de un “estupro” en su concepción menos, digamos, “matemática”. Semejante **violencia** sufre la mujer que es coaccionada, llevada a error o engañada y a causa de esto le ponen en el útero un óvulo **fecundado artificialmente** o que lo fecundan de tal modo y directamente en sus entrañas. Este punto de vista que expongo, desde luego no significa una fórmula analógica (*y si fuera sería in bonan parten para la mujer que consiente/solicita*), sino, como mínimo, una equidad de base constitucional que valora la dignidad, la libertad, la intimidad, la privacidad, el desarrollo de la personalidad de la mujer, asegurándole no ser obligada a **someterse** a un estado de vida para ella degradante y que tampoco eligió.

Aparte del caso del **aborto terapéutico** en situaciones de emergencia con riesgo grave y actual para la vida de la mujer, que **puede** ser realizado por cualquiera, las demás hipótesis deben ser practicadas por un profesional habilitado y en lugar técnica y

---

<sup>939</sup> Entre otros lo recuerda REGIS PRADO, *in Comentários ao Código Penal... cit.*, p 128.

administrativamente adecuado, teniéndose **razonable** para la hipótesis del aborto motivado por una **violación sexual** un plazo de tres meses, a partir del inicio del embarazo, para su realización. **No obstante**, me sirvo de este espacio – y *también con relación a los demás ordenamientos jurídicos democráticos* –, para recordar que, en los casos de posibilidad de realización del aborto **eutanásico** todavía no exactamente **formalizados** y cuando el Poder Judicial lo entienda hermenéuticamente correcto, si el fallo ha tardado más que cinco meses, la madre no puede ser perjudicada, lo que es una cuestión de **justicia elemental**.

#### 1.3.4.3 ALEMANIA<sup>940</sup>.

Desde luego, merece decir que el ordenamiento jurídico-penal de **Alemania** se refiere a la **eutanasia consentida** con el empleo de una terminología técnicamente poco adecuada e incluso discriminatoria (*“asesinato a petición”*), puniéndola con la misma pena de prisión del **homicidio** en situaciones de menor gravedad: prisión de seis meses a cinco años (§§ 216, I. y 213, respectivamente del StGB) – *tampoco estando impune la sola tentativa eutanásica {II. del mismo § 216}* – **mientras** a los supuestos de **aborto**, a los que nombra “casos de especial gravedad”, que tienen como base la falta de *consentimiento* de la afectada y la negligencia del autor que da causa a un peligro de muerte o a un grave daño a la salud de la embarazada (§ 218, II., 1 y 2 del CPA), también **los pune** con la propia pena de prisión de seis meses a cinco años.

En líneas generales, con respecto tanto a casos **terapéuticos** (*“para evitar un peligro para la vida o el peligro de un perjuicio notable del estado de salud corporal o mental de la embarazada, y el peligro no pueda ser evitado de otra manera exigible a ella”*) como para aquellos resultantes de **violación sexual** el StGB no sanciona el aborto, desde que medie el *consentimiento* de la embarazada (**excepto**, obviamente, para algunos casos prácticos terapéuticos de *inconsciencia de la mujer, cuando ésta no puede decidir y está en manos del médico*) y el hecho ocurra bajo asistencia, reconocimiento y control de facultativo. En cuanto a casos **eugenésicos** con repercusiones más radicales sobre la madre, de **indicación social** (*razones económicas y sociales*) y **conflictivas** en

---

<sup>940</sup> §§ 218, I., II., 1., 2., III., IV., 218a, I., 1., 2., 3., II., III., IV., 218b, I., II., 218c, I., 1., 2., 3., 4., II., 219, I., II., 219a, I., 1., 2., II., III. y 219b, I., II., III.

general, desde que igualmente medie el *consentimiento* de la embarazada y ésta se haya sometido al **asesoramiento** (§ 219, I. y II.) a servicio de la protección de la vida del feto, y aún así permanezca determinada en abortar bajo la asistencia y dirección de médico cualificado y en lugar técnicamente adecuado, comprobándose que no haya superado la situación de conflicto en el contexto del embarazo que la molestará por dar a luz, dicho StGB tampoco **pune al aborto**<sup>941</sup>.

Así, el StGB tiene un tipo **básico** y otro **cualificado** de aborto a los que pune (§ 218, I. y II.) **proporcionalmente**, mientras reduce el reproche respecto a la embarazada que comete el hecho (*privación de libertad de hasta un año*), excluyendo sólo la madre en grado de **tentativa**.

Para la hipótesis de **violación sexual**, el aborto debe ser realizado antes de que trascurren doce semanas desde el comienzo del embarazo. En lo que se refiere a casos más puntuales del § 219 (**indicación social**), el Código Penal de Alemania tolera el aborto como acto impune hasta las veintidós semanas desde la concepción. Acerca de la situación **eugenésica**, que no está fuera del análisis dicho § 219, parece depender formalmente de los cinco meses y dos semanas.

Es evidente que el CPA, así como el CPE y el CPB, por ejemplo, **pune** muy acertadamente cualquier forma de **error vencible** o de **imprudencia** médica que acaezca dentro de un contexto de aborto (§§ 218b y 218c del StGB).

#### 1.4 EL CONSENTIMIENTO EN LA HUELGA DE HAMBRE.

Efectivamente, el *consentimiento* juega un papel **determinante** en la **huelga de hambre** para darle licitud jurídico-constitucional y penal, como otra de las

---

<sup>941</sup> La Legislación penal de Cuba, por ejemplo, es algo todavía más liberal que la alemana en cuanto a la impunidad del aborto. El artículo básico del CPC acerca de la regulación de la práctica abortiva es el 267.1 (“*El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas*” – los negrillos son míos). Sí, sólo son punibles los abortos practicados que no atiendan a las exigencias de las regulaciones de salud, lo que significa de manera general que en la República de Cuba no hay necesidad de atender a la cuestión de la edad del feto y basta que la embarazada busque los servicios de un facultativo que proceda al aborto en una institución médica oficial.

manifestaciones libres de la autodeterminación de la persona sobre un bien jurídico en principio disponible para este contexto **personalísimo**, que es la integridad física (*salud*) con fines **reivindicatorios**. Lo trataré con brevedad bajo una perspectiva **genérica** dentro del marco de ordenamientos jurídicos sociales y democráticos, como España, Alemania, Brasil, etc.

Sin embargo, ¿y cuando la huelga de hambre representa un **peligro actual** y lleva a la proximidad de la muerte, pudiendo causarla si permanece la abstención alimenticia del huelguista? Por ello, la cuestión **primordial** de esta manifestación de libertad y autodeterminación (*sea religiosa, sea política, altruista, egoísta, etc., pero siempre reivindicatoria*) del individuo hacia el desarrollo de su personalidad está en qué **amplitud** conferir a su validez y eficacia jurídicas, es decir, hasta dónde reconocerle efectos **asegurables** jurídicamente sin que esto constituya una actitud licenciosa e ilícita.

En este tema, y de manera general, se trata de una situación muy clara de **autopuesta en peligro**, libre y autodeterminada, como antes recuerda BARJA DE QUIROGA<sup>942</sup>. Lo que no quiere decir que ante todo la posición de garante del Estado pueda estar absolutamente alejada hasta las últimas **consecuencias** del comportamiento huelguista, incluso porque en los supuestos propios de huelga de hambre dichos huelguistas buscan muy **característicamente** ser atendidos en determinadas **reivindicaciones**<sup>943</sup>, es decir, que en el momento en que son satisfechas sus pretensiones **detienen la huelga**, ya que en ningún momento desean auténticamente su muerte – *si desean con su sufrimiento sensibilizar a que alguna cosa que les parece justa y les es negada sea hecha; o sea, pretenden recibir alguna cosa buena o dejar de recibir alguna cosa mala* –. Desde luego, la huelga de hambre no es un acto de suicidio **técnicamente**, aunque pueda llevar a una muerte consentida y lenta si dicho huelguista sigue con su determinación hasta los límites finales de su comportamiento.

De manera muy directa, es oportuno plantear que la huelga de hambre – **auto-privación de ingerir alimentos sólidos, pastosos o líquidos que alimentan el cuerpo y**

---

<sup>942</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 48.

<sup>943</sup> Por todos, ROMEO CASABONA (*Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales* – *Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit.*, p 262), recordando también a DÍEZ RIPOLLÉS, cita que de modo amplio “quien inicie esta clase de huelgas no tiene intención de morir, esto es, voluntad suicida, sino que lo que persigue es obtener con su reivindicación la mejora o el fin de la situación injusta solicitados, aunque tenga que poner en peligro su vida para obtenerlo; una vez conseguido el objetivo pone fin a la huelga”.

*mantienen la integridad física y en grados más avanzados la propia vida (admite variaciones más blandas, por supuesto: la no privación de ingerir líquidos)* – ya representa por sí sola una forma de **auto-sufrimiento** e **indudable protesta** que destruye el cuerpo humano, al quitarle las fuerzas imprescindibles a la existencia, **independientemente** de que se permita que el peligro **autopuesto** lleve a la muerte. Muy bien, si **por un lado** la huelga de hambre significa una **manifestación** de libertad y autodeterminación de la persona y que, en nombre del desarrollo de su personalidad, puede conducirla hasta la muerte, **por otro lado** el **exacto** sentido del desarrollo de la personalidad del huelguista está en lograr que su reivindicación sea **atendida**, lo que no significa en absoluto que lo va a conseguir necesariamente con el sacrificio irreversible de la propia vida. Así, me parece sumamente **desatendido** un fundamento jurídico que impida una intervención estatal o voluntaria de terceros para evitar la muerte del huelguista como un grave atentado a la dignidad de la persona humana<sup>944</sup>, lo que no implica que, **restauradas** las condiciones físicas básicas de normalidad con la alimentación (*digestiva y/o parenteral*), el huelguista no retorne a la huelga y la repita, lo que tampoco puede impedir que enflaquezca su organismo gradualmente hasta límites máximos con dicha repetición, poniendo en peligro extremo su vida y así llevándolo a la muerte, pues también parece **inconcebible** jurídico-constitucional y penalmente que se ate o de cualquier modo someta a alguien para alimentarlo con el empleo evidente de la fuerza a toda costa, como si fuera un animal **irracional**, siempre y cuando dicha persona oponga una **ostensible** resistencia. Además, hay casos de huelguistas que tanto no desean morir como **tampoco** creen que sea correcto traicionar su compromiso ideológico, y que pasan a desear en su interior la **intervención** del Estado en beneficio de su efectivo bienestar.

**Impedir** la huelga de hambre **no es un deber** público ni privado, pues afronta el derecho de protesta fundamentado en la dignidad, la libertad y el desarrollo de la personalidad del individuo. No obstante, **impedir** la muerte del huelguista, sí, **es un deber**, ya que su personalidad no estará en desarrollo jurídicamente real con el óbito sino **verdaderamente** con la victoria de sus pretensiones. Permitirla (*la muerte*) en estos contextos sería lo mismo que huir el Estado de su deber para con la preservación de la

---

<sup>944</sup> BARJA DE QUIROGA (*El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 47), recordando a CEREZO: “la licitud de la conducta relativa a la alimentación forzosa `dependerá de que implique o no un grave atentado a la dignidad de la persona humana, pues sin duda el deber cumplido (de prestar socorro, cuando pueda considerarse al huelguista como una persona desamparada y en todo caso de garante de la vida del recluso) es de rango superior al de omitir la acción prohibida en el delito de coacciones”.

vida, asumiendo el papel de un auxiliar omiso en un caso de autopuesta en peligro con muerte jurídicamente insostenible. El Estado tiene el deber de proteger la persona también **contra sí misma** en todos aquellos casos en los que jurídicamente no haya base sólida para que dicho individuo pueda disponer de un determinado bien para consentir dentro de su esfera de dominio, sobre todo si ésta ya no es efectivamente libre – *sí porque, lo repito, el huelguista sólo se deja llevar a la muerte como consecuencia de la presión que sufre de los que no atienden a sus solicitudes* –.

Entre muchos supuestos **específicos** que se pueden discutir, también la cuestión de la posición de garante de los funcionarios **penitenciarios** con respecto a la preservación de la vida de los **encarcelados**, a lo que alude ROMEO CASABONA<sup>945</sup>, me parece estar **dentro** de las **perspectivas** generales planteadas en este apartado.

## 2. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES.

La mediación del *consentimiento* en el ámbito de las **lesiones**, sean sólo contra la integridad **corporal** o contra la salud **física** o **psicológico-psiquiátrica** (*mental*), implica la cuestión de la **disponibilidad** o **no** de la **salud**, que tiene fundamentalmente idéntica base jurídica a la de la **eutanasia**, lo que vincula ambos temas con peculiar intimidad. Así, por todos, recuerda SEGURA GARCÍA<sup>946</sup> “la íntima relación del problema de la disponibilidad de la propia salud con el de la disponibilidad de la propia vida, especialmente en los supuestos de eutanasia”. La Profesora de Derecho penal de la Universidad de Alicante añade que “la vida y la salud son dos derechos íntimamente ligados, pues participan de un mismo objeto”. De todo, se puede concluir que las razones de carácter **dogmático** y **político-criminales** tratadas en ítem anterior acerca de la

---

<sup>945</sup> ‘Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales’ – Eutanasia hoy. Un debate abierto... cit., pp 262, in fine/264. Escribe dicho autor español respecto al caso de “las huelgas realizadas por varios reclusos (miembros del grupo terrorista GRAPO)”, hace años, la que “suscitó una intensa discusión en la opinión pública, llegando a proponer criterios muy dispares, desde propugnar la alimentación forzosa, o retrasarla hasta el momento de la pérdida de la conciencia del huelguista, hasta defender el derecho de continuar la huelga hasta sus últimas consecuencias”. Al final, bajo una decisión elogiada por unos y criticada por otros, el TC, afirmando la “sujeción especial que vincula a los internos con la Administración penitenciaria”, decidió que ésta tiene obligación de “velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia”, resultando “lícita la intervención médica mínima indispensable para salvaguardar aquélla”, no obstante, “tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra riesgo serio la vida del recluso”.

<sup>946</sup> ‘El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’ – Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit., p 889.



eutanasia sirven como raciocinio general sobre la disponibilidad del bien jurídico salud o la integridad física.

Como antes he comentado, el tema de la disponibilidad o no de la salud psíquico-somática (*y de la propia vida*) en general de la persona parte del **concepto inicial** que se adopte en lo que se refiere al **bien jurídico**, siempre a partir de sus matices constitucionales, es decir, jerárquicamente superiores. Ello significa que, teniendo como base una **Constitución** de estructura normativa y material **social-demócrata**, a ejemplo de países como España<sup>947</sup>, Alemania<sup>948</sup>, Brasil<sup>949</sup>, etc., cuando la interpretación de los derechos y garantías inherentes y vinculados a la persona está (*como debe estar*) bajo el mando de criterios jurídicos lógicos y políticamente **expansivos** y valorizadores de la persona con respeto a sus **atributos** de dignidad, libertad, autodeterminación, desarrollo de la personalidad, etc., y el legislador infraconstitucional (*penal, civil, etc.*) insiste en no armonizarse con ellos, restringiendo el derecho del individuo, *verbigracia* sobre la integridad física y la vida en situaciones muy puntuales en las que estos derechos necesitan estar disponibles, esto **no retracta** un sistema de auténtica disciplina, amplia coherencia, autocomplementación y garantía institucional.

Si los derechos de la sociedad deben estar armónicamente por encima de los derechos individuales, siempre y cuando no sean instrumentos de **injusticias** y sacrificios **desproporcionados** (*es decir, sin adecuabilidad, exigibilidad y proporcionalidad stricto sensu*) contra la Constitución, **entonces** los derechos individuales deben siempre y coherentemente estar por encima de los derechos colectivos cuando así no sean sacrificados de forma constitucionalmente insoportable (*sufriendo patentes injusticias*<sup>950</sup>)... y restringir derechos individuales inherentes a la libre expresión y al desarrollo de la personalidad del individuo, sobre todo en situaciones puntuales inevitables, es siempre una injusticia y una desproporcionalidad que ningún Estado verdaderamente democrático y legítimo puede llevar en sus entrañas jurídico-institucionales. Sí bajo un prisma constitucional la integridad física y la propia vida no son del todo **indisponibles**, lo que torna imprescindible dinamizar el sistema de exégesis por

---

<sup>947</sup> Arts. 1.1, 9.1., 2. y 3., 10.1 y 2., de la CE.

<sup>948</sup> Artículos 1 (1), (2), 2 (1), (2), de la LFRFA.

<sup>949</sup> Arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput*, de la CFB.

<sup>950</sup> La injusticia es la peor de las violaciones contra la Constitución porque la ataca en su propia estructura de legitimidad y protección reforzada.

debajo de la Constitución para corregir el sistema normativo-formal que no esté de acuerdo con ésta.

La **naturaleza** estructural del bien jurídico salud (*así como del bien vida, merece recordar*) es la de su **individualidad**<sup>951</sup>, lo que de partida también ya pone en jaque el impedimento para su disponibilidad basándose en cualquier argumento de colectividad o en un inconsecuente e injusto intervencionismo estatal. Salud y vida son bienes más que personales, es decir que semánticamente son bienes **personalísimos**, que un Estado democrático no puede permitirse esclavizarlos, so pena de estar negando su propia esencia político-demócrata.

El tema jurídico de los **límites** sobre los cuales es posible disponer de bienes por medio del *consentimiento* válida, eficaz y **atípicamente** en el marco de las lesiones y de cómo clasificar y tratar ese problema ya no se presenta tan delicado; fue peor la resistencia empleada por el **conservadurismo** cuando se pudo acudir a sistemas constitucionales opresores, restrictivos, sin libertad satisfactoria y característicos de muchos regímenes dictatoriales, asumidos o disfrazados.

A nadie debe el legislador **imponer** la “obligación de estar sano<sup>952</sup>”. No mantenerse sano bajo determinadas circunstancias jurídico-penales y constitucionalmente lícitas es un **derecho** al desarrollo de la personalidad del individuo: un testigo de Jehová que, por absoluta **convicción religiosa**<sup>953</sup>, se niega a someterse a una transfusión para recibir sangre, poniendo en peligro su salud e incluso su vida, mientras aguarda una ayuda no convencional ya no es lo mismo que un hombre que se niega a recibir la sangre solamente para estar **contra** el comportamiento normal de las personas; un individuo que hace donación de un riñón por notable **solidaridad humana** a un familiar o a un tercero ya no es lo mismo que alguien que sencillamente **vende** un riñón.

---

<sup>951</sup> SEGURA GARCÍA (*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas* – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 890), v.g., recuerda que “En el caso de los delitos de lesiones, su naturaleza de delito contra un bien de titularidad individual parece indiscutible, por más que la definición precisa de cuál sea éste y cuál su contenido (salud personal, integridad física y salud mental, etc.) haya sido objeto de amplia controversia”.

<sup>952</sup> Refiere al tema, p.e., Jesús Martínez Ruiz, en *Los Delitos de Lesiones... cit.*, pp 20 y ss.

<sup>953</sup> Art. 16 de la CE (libertad ideológica y religiosa); art. 5<sup>a</sup>, VI y VIII (libertad de consciencia, de creencia e de ideología) de la CFB; artículo 4 (libertad de creencia, de consciencia y de confesión) de la LFRFA; etc.

Pero, de pronto surge una **interrogante**: ¿y se la venta de un riñón es causada por la extrema miseria del titular del bien, que negocia su órgano para **alimentar** sus hijos durante cierto tiempo, aunque dicha motivación no constituya un estado de necesidad técnicamente? En estos supuestos de venta de órganos, si no interviene una causa de justificación inequívoca, por supuesto y por todo lo antes expuesto, el *consentimiento* es **irrelevante** e incluso penalmente reprochable tanto en España, como en Brasil, Alemania y otros países.

Situaciones **formales** como la del art. 155<sup>954</sup> del Código Penal de **España** (*en la que al mediar el consentimiento **solamente** es restringido el potencial de injusto y consecuentemente la reducción de la pena en cuanto al delito de lesiones*) y bajo determinados aspectos también la del art. 156<sup>955</sup> (*aunque en éste sea impune el consentimiento auténtico en casos de trasplante de órganos<sup>956</sup>, esterilizaciones y cirugías transexuales realizadas por facultativos, excepto cuando medie vicio, precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz*), se tornan jurídicamente

---

<sup>954</sup> “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.” Como ilustración metodológica, aunque haya tratado del tema más debidamente en el Capítulo II, de esta investigación, debe recordarse brevemente que para los casos en los que insisten ilustres juristas en cuanto a la aplicación constitucional del art. 155 del CPE, por ej., hay una discusión sin más trascendencia sobre si el tipo abarca o no a las faltas, como recuerdan, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 347). A mi juicio, como ya he expresado, es muy obvio político-criminalmente y valorando las garantías de un ordenamiento donde prevalecen derechos fundamentales, la intervención mínima del Derecho penal y la prohibición de cualquier manifestación analógica en contra del autor, que el Derecho represivo no debe tener un carácter de expansión hermenéutica por sí sólo, es decir, que es necesario que el legislador determine expresamente la criminalización o la punición de un determinado comportamiento y que esto no esté en desacuerdo con la Constitución que le corresponde. Así, también acudiendo al principio democrático-social de la exclusión indirecta, resulta patente que la redacción del art. 155 (y genéricamente de cualquier congénere suya) debe tener un ámbito de aplicación restrictivo a lo que expresamente está referido en ella.

<sup>955</sup> “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal de incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”

<sup>956</sup> Sobre el tema del consentimiento en los trasplantes de órganos en España, merece leer, entre otros, a los planteamientos y críticas de MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, en ‘*La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces*’ (409/419) – *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani* (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera) – Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.

**dudosas** cuando las evaluamos a partir de una cualquier Constitución verdaderamente social y democrática y de la **teoría general** del *consentimiento*, además bajo criterios liberales y progresistas<sup>957</sup>.

BARJA DE QUIROGA<sup>958</sup>, p.e., es incisivo sobre la **poca operatividad** jurídica del CPE en cuanto a este aspecto específico de las lesiones y comparte opinión similar a la que expresé en el párrafo anterior al recordar dicho autor español que “ha de insistirse que no todos los supuestos relativos al consentimiento se resuelven aplicando el art. 156”. Añade que “en todos aquellos casos no contemplados de forma expresa en este artículo debe aplicarse la teoría general del consentimiento”. Más **determinada** es la opinión de SEGURA GARCÍA<sup>959</sup> al referir que “la única conclusión posible es considerar que los arts. 155 y 156 no tienen, a fecha de hoy, virtualidad jurídica, habiendo quedado obsoletos y no aplicables, por haber quedado completamente por los últimos desarrollos constitucionales, plasmados en la legislación sanitaria vigente” (Ley 41/2002). Y concluye que “El consentimiento del sujeto pasivo, en el ámbito de los delitos de lesiones, tiene, pues, la eficacia de convertir en atípica la conducta del sujeto activo”.

Menos semejante que la situación de la Parte Especial del CPE, por todo lo antes expuesto, es la cuestión del § 218 del **StGB**<sup>960</sup>. El *consentimiento* en el marco de las lesiones físicas tiene **relevancia** jurídica en el Derecho penal alemán en principio con mayor amplitud de la que representa hoy día en España. No obstante, el *consentimiento* es **irrelevante** cuando atenta contra las **buenas costumbres** (*acerca de las buenas costumbres con un breve análisis crítico a su respecto, véase, antes, el ítem 1.1.4 en el Capítulo II de esta investigación*). Una Ley especial disciplina, p.e., la cuestión de la donación de órganos.

---

<sup>957</sup> Si se analizara la redacción de artículos como el 155 del CPE o el 129, § 4º del CPB, y si se hiciera de manera gramatical restrictiva e infraconstitucional, además sin darse cuenta de la Legislación especial que trata de la materia en el ámbito de las lesiones, incluso de las médicas reparadoras, informadas y consentidas, pero donde no mediara un estado de necesidad o el ejercicio de un derecho (sino el consentimiento), acabarían siendo teóricamente punibles, constituyéndose algo inaceptable bajo todos los aspectos de la actividad humana.

<sup>958</sup> *El consentimiento en el Derecho Penal... cit.*, p 60.

<sup>959</sup> *‘El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’ – Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 898.

<sup>960</sup> “Quien cometa un daño físico con conformidad del herido actuará entonces ilícitamente sólo cuando el hecho, a pesar de la conformidad, atente contra las buenas costumbres” (*Código Penal Alemán... cit.*, p 133).

En **Brasil**, la situación infraconstitucional de la eficacia del *consentimiento* en las lesiones es disciplinada indirectamente por el CPB, en su Parte Especial (*art. 129, § 4º<sup>961</sup>*), que de manera genérica **permite** la reducción de la pena de un sexto a un tercio, siempre y cuando la actuación del autor esté basada en una razón que signifique un relevante **valor social o moral** (*el consentimiento del afectado puede serlo<sup>962</sup>*). Sin embargo, los casos de donación de órganos son tratados como **impunes** bajo una serie de exigencias contenidas en Legislación especial (*Ley nº 9.434/1997, Decreto {reglamentario} nº 2.268/1997 y Medida Provisoria nº 1.959-27/2000 – ésta, modificó el texto del art. 9º de la Ley 9.434/97, donde reside la base jurídico-estructural de la impunidad de la donación de órganos bajo el consentimiento del afectado<sup>963</sup> –*).

---

<sup>961</sup> “Cuando el sujeto activo comete el delito por un motivo de relevante valor social o moral..., el juez puede reducir la punición de un sexto a un tercio” (el original en portugués: “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral..., o juiz pode reducir a pena de um sexto a um terço”).

<sup>962</sup> Y cuando el consentimiento en Brasil no está fundamentado en el art. 129, § 4º del CPB, y tampoco se excluye la tipicidad o la pena por una motivación constitucional, sólo resta aplicar la atenuante genérica del art. 66 de dicho CPB, lo que constituye una elección razonable para los jueces más infraconstitucionalistas y conservadores.

<sup>963</sup> En Brasil, de conformidad a la Ley nº 9.434/97 (art. 9º, §§ 3º/8º), al Decreto nº 2.268/97 (arts. 15, §§ 1º/8º y 20, párrafo único) y a la Medida Provisoria nº 1.959-27/2000, para la donación impune de órganos, entre otros requisitos son necesarios: a) el consentimiento sin vicios del titular del bien, preferentemente manifestado de forma escrita y ante dos testigos; b) la gratuidad de la donación; c) la capacidad jurídica del afectado; d) la especificación del órgano, piel o parte del cuerpo a ser donado; e) la autorización judicial para la realización del trasplante cuando el receptor no sea el cónyuge o pariente consanguíneo hasta el 4º grado del donante, quedando en todo caso dispensada la intervención judicial con respecto a la donación de médula ósea; f) que tras la donación el organismo del donante permanezca con vida y sin riesgo para su integridad y tampoco signifique un grave perjuicio para sus actividades vitales psíquicas y somáticas, no mutilando ni deformando el cuerpo de manera inaceptable; g) la comprobación de que la donación corresponde a una necesidad terapéutica indispensable para la persona receptora; h) la información adecuada al donador y su conciencia de que podrá cancelar la donación hasta el momento en que haya sido realizada. Casos de donación realizados por mujeres embarazadas sólo son lícitos cuando se refieran a trasplantes de médula ósea y no ofrezcan riesgo a su propia integridad ni a la del feto. El autotrasplante necesita solamente del consentimiento del afectado con anotación en su prontuario hospitalario y, cuando sea incapaz jurídicamente dicho afectado, uno de los padres o el representante legal podrá consentir en su nombre. Las donaciones que sean realizadas sin atender a las exigencias del art. 9º de la Ley nº 9.434/97, según su art. 14, §1º, serán punidas con pena de prisión (reclusión) de tres a ocho años y multa de 100 a 150 días-muta. Se puede decir que la totalidad de los autores brasileños da especial atención a la inaceptabilidad axiológica, cultural, humanista, jurídica de la comercialización de órganos (lo que de manera general hace adecuadamente). Por todos cito a CATÃO, Marconi do Ó, en *Biodireito – Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*, São Paulo/SP/Brasil, Madras Editora LTDA, 2004, pp 206/207: “lo que es injustificable e inadmisibile es la comercialización de órganos y piel humanos, pues hay un sentimiento generalizado de reproche a dicha actividad, que significa una falta de respeto a la dignidad y a las buenas costumbres” (el original en portugués: “o que é injustificável e inadmissível é a comercialização de órgãos e tecidos humanos, visto que existe um sentimento generalizado de repúdio a esse tipo de atividade, que se tem como ofensiva à dignidade e contrária aos bons costumes”).

Aún con respecto a la **donación de órganos** en el ordenamiento jurídico brasileño, merece citar que parte de los juristas entiende, y por todos CATÃO<sup>964</sup>, “que los actos de disposición del propio cuerpo son lícitos cuando no estén en contra de la moral ni de las buenas costumbres y tampoco signifiquen una disminución permanente de la integridad física o la extinción de la vida del donante”. A mi juicio y con todo respeto a las mejores intenciones de esta perspectiva hermenéutica subjetivista, pretender que se observen, además de manera determinante, parámetros **morales** (*sobre todo*) y bajo determinados circunstanciales también de buenas costumbres – *ambos característicamente restrictivos y jurídicamente poco garantizadores* –, en este escenario, puede estar significando la negación de la **independencia** y de la autoridad lícita de criterios jurídico-constitucionales e infraconstitucionales armónicos como conquista y afirmación de parcela importante del Estado social y democrático de Derecho.

El *consentimiento* debe representar una satisfacción **psíquica** y/o **física** para la persona que lo otorga personalmente, de conformidad a su **individualidad** y a los **derechos** a ella inherentes. El asentimiento obtiene su licitud, validez y eficacia **atípica** cuando es expresada sin vicios insanables sobre un bien jurídico disponible – *de manera general* (*el honor, la libertad sexual, el patrimonio*) o *de forma especial* (*la salud en determinadas circunstancias, la vida en casos excepcionales {eutanasia}*) – dentro de la esfera de dominio del respectivo titular. Entonces, cuando las lesiones auténticamente consentidas (*en relaciones sexuales sadomasoquistas, en cirugías reparadoras o cosméticas, en tratamientos psiquiátricos o sólo psicológicos, en tratamientos clínicos con efectos colaterales dañosos, etc., etc., etc.*) se presten al **desarrollo de la personalidad** del titular del bien jurídico-penalmente protegido, ello resulta desde un punto de vista general y bajo el empleo jurídico-constitucional de la teoría del *consentimiento* un acto con efectos **atípicos**, a su vez en el marco de la teoría del delito.

SEGURA GARCÍA<sup>965</sup>, tras un coherente y metodológico análisis acerca de la disponibilidad jurídico-constitucional y penal del bien jurídico integridad física, es **incisiva** al referir que el *consentimiento* del afectado significa, “por tanto, la no lesividad

---

<sup>964</sup> *Idem supra*, p 206 (el original en portugués: “que os atos de disposição do próprio corpo são lícitos desde que não impliquem a ofensa da moral e dos bons costumes, bem como não importem em uma diminuição permanente de integridade física ou na extinção da própria vida”).

<sup>965</sup> ‘*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas*’ – *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 890.

del hecho y, consecuentemente, la atipicidad de la conducta”, añadiendo de manera jurídicamente indudable que esa “atipicidad se traduce en que la conducta realizada con la concurrencia de la voluntad del titular, se sitúa en un ámbito previo al de los tipos penales y, por ello, no relevante o, si prefiere, indiferente para el Derecho penal”. Además, comparto (y *reitero*) de manera asumida y a lo mejor redundante con esa autora de España que el término “indiferente” sólo es posible cuando el hecho es valorado como **atípico**. Si la tipicidad existiera, como a los ilustres seguidores de la teoría de la separación les parece, entonces ya no tendríamos otra cosa sino un *consentimiento* sólo justificante, con el que no estoy de acuerdo en **absoluto**, por todo lo antes expuesto en esta investigación.

No obstante, resulta muy obvio que jurídico-penal y constitucionalmente **no es posible** – *incluso por razones elementales de política criminal, de legitimidad y de legalidad básica que me dispenso de repetir* – **otorgar relevancia** a un asentimiento en supuestos de lesiones con fines ilícitos y sobre todo conteniendo un evidente *dolus malus* (o aun significando un comportamiento imprudente), a ejemplo de casos de **auto** o **heterolesiones** (en éste, aunque medie para el autor, co-autor o cómplice la autorización del afectado) con intención **indemnizatoria** (uno mete la mano en la maquina trituradora de la que se ocupa con intención de acusar a su jefe de ser negligente y de recibir una indemnización para no trabajar más), para no prestar **servicio militar** (uno pide a un amigo que le rompa un brazo cuando es llamado por las Fuerzas Armadas), para recibir una **póliza de seguro** (un jugador de fútbol solicita de un compañero que le prenda fuego a uno de sus pies asegurados prometiendo que repartirá el valor que reciba), etc. Me explico, en dichos supuestos lo que se da es una conducta típica notablemente **punible** de los involucrados, al intentar o al obtener una cualquier ventaja o satisfacción con el daño ilícito y en **perjuicio** de un tercero, a ejemplo de una estafa<sup>966</sup>, es decir, que éstos no son comportamientos de acuerdo, sino **contrarios** al ordenamiento jurídico y a la estabilidad de las relaciones humanas por él resguardadas, sin posibilidad de reconocimiento, siquiera, de reducción del potencial de injusto ya que tienen como base un *consentimiento* irrelevante. Y con respecto a los demás involucrados (*autor, co-autor o cómplice*) en la **producción** de dichas heterolesiones<sup>967</sup> (*dejando aparte la cuestión de la*

---

<sup>966</sup> Arts. 248/251 del CPE; arts. 171/179 del CPB; §§ 263/265b del StGB.

<sup>967</sup> Merece un breve paréntesis la cuestión de la participación de tercero en una autolesión. Como recuerda, v.g., MIR PUIG (*Derecho Penal – Parte General... cit.*, p 511), se debe tener en cuenta que “los tipos de lesiones no incluyen en general la conducta del que se **autolesiona**”. Además, cuando el legislador no ha

*co-autoría o de la complicidad en la estafa*), desde que no medie error o una coacción<sup>968</sup> irresistible (*que alejan la punibilidad*), el tipo resultante tampoco es abarcado por el del art. 155, sino básicamente por el de lesiones de los arts. 147 y ss (*además del 27 y ss*) del CPE – *en caso del Brasil, excluido el § 4º, cualquier otro, en su caso, de los tipos del art. 129 y §§ (además de 29 y ss) del CPB; en caso de Alemania, alejada la conducta del § 226a, otra cualquier entre los §§ 223 y ss (además del 25 y ss del StGB) –.*

En cuanto al médico que impone un **tratamiento arbitrario** sin o contra la voluntad expresa o presunta del paciente, ello representa un tema donde igualmente hay fuertes **divergencias** dogmáticas<sup>969</sup>, a las que no me dedicaré con un análisis detallado, sino permitiéndome dar preferencia a mi perspectiva. En dichos supuestos hoy por hoy, ¿el médico actúa bajo la justificante del **ejercicio legítimo de un derecho** eficazmente? Si no, ¿el médico debe ser punido como autor de un delito de **coacciones** o como autor de un delito de **lesiones**? ¿Y cuando resulta el **óbito** del paciente?

Muy bien, desde luego y muy seguramente está alejada la justificante del ejercicio de un derecho médico siempre y cuando éste **imponga** un tratamiento a un paciente, subyugándolo bajo el empleo de violencia, amenaza grave u otro medio cualquiera, pues los Derechos fundamentales y constitucionalmente amparados con respecto a la libertad de elección, a la dignidad, al desarrollo de la personalidad humana, a la intimidad, expresados a través del *consentimiento*<sup>970</sup> del afectado, incluso característicamente **informado** en el ámbito de la medicina y de la propia psicología, están **por encima** del mero ejercicio de un derecho profesional. No obstante, entiendo jurídicamente adecuadas y garantizadoras **dos excepciones**: **a)** para los casos de grave peligro contra la **salud pública** (*es decir, del derecho de la colectividad por encima del derecho individual, sin menoscabo de Derechos fundamentales de modo insoportable*), si

---

creado un tipo específico para los comportamientos de inducción y cooperación, resulta su impunidad. Ello significa una perspectiva político-criminal de seguridad jurídica.

<sup>968</sup> Arts. 172 del CPE; art. 146 del CPB; § 240 del CPA.

<sup>969</sup> MORILLAS CUEVA (*Aspectos penales del consentimiento informado... cit.*, p 789), por todos, advierte que “Posiblemente donde mayor relevancia tiene el debate sobre la incidencia penal del consentimiento informado sea precisamente cuando se producen las intervenciones sin el mencionado consentimiento del paciente”.

<sup>970</sup> Desde luego es sumamente importante citar que cuando un médico obtenga un consentimiento informado y auténtico de un paciente y actúe de manera técnicamente incorrecta, los daños resultantes (físicos, psicológicos o para la propia vida) serán evaluados bajo la perspectiva jurídico-penal del comportamiento típico que eventualmente le corresponda en el contexto (doloso, imprudente, con error vencible, preterintencional, etc.), si de otro modo no resultara impune.



es posible considerar la justificante del **cumplimiento de un deber** (*y así debe serlo cuando la Ley lo determine*) o excepcionalmente del **ejercicio legítimo de un derecho** (*la protección de la salud social*), aunque (*lo repito*) el médico actúe contra o sin la voluntad del paciente; **b)** cuando esté en **peligro inminente** o **actual** la vida o la integridad de la salud de la persona, siempre que no sea posible obtener su *consentimiento* o deducirlo, en cuya situación el médico se comporta dentro del marco justificante del **estado de necesidad** al aplicar un determinado tratamiento para salvar a dicho paciente.

Sin embargo, acerca de la **punibilidad** del comportamiento del médico que impone un tratamiento cualquiera contra o sin la voluntad (*expresa o, en su caso, presunta*) del afectado, creo que se trata de un delito de **coacciones** (*la libre autodeterminación del paciente es el bien jurídico-penalmente tutelado*), aunque el médico haya logrado curar a dicho paciente. No obstante, si de ello resulta una **lesión** a la integridad corporal/salud del paciente se está ante un **concurso** real de delitos (*coacción y lesión*<sup>971</sup>), ocurriendo lo mismo si de la coacción resulta el **fallecimiento** del titular del bien jurídicamente protegido (*coacción y lesión corporal con resultado de muerte {u homicidio preterintencional}*), los que tienen designios autónomos sea por el dolo o sea por la imprudencia complementariamente. En este contexto, cuando sin el asentimiento informado del paciente el médico aplica el tratamiento **correcto** o el tratamiento **incorrecto**, la distinción jurídico-penal básica es la de que en el caso de la **incorrección** y, peor, cuando los resultados son más dañosos para el afectado, la responsabilidad penal del médico es aún **mayor**.

No obstante, y por todo lo antes comentado, cuando el tratamiento médico es aplicado de manera **técnicamente correcta** al paciente bajo su *consentimiento* informado y auténtico, cualesquiera daños resultantes dentro del ámbito de lo consentido son **atípicos** (*la pérdida de un miembro del cuerpo en una operación que intentaba salvarlo, etc.*). Pero, cuando el *consentimiento* es auténtico y el médico aplica el tratamiento **técnicamente incorrecto** (*la pérdida de un ojo porque el enfermo era otro, la amputación de una pierna porque uno de los antibióticos aplicados era incorrecto para aquella especie de bacterias, etc.*) la punición está, inicialmente, a nivel de imprudencia,

---

<sup>971</sup> Por supuesto que cuando la *persecutio criminis* depende de instancia de parte, y una vez medie un consentimiento *post facto*, aunque éste no tenga relevancia jurídica, puede significar la impunidad de hecho del autor.

imprudencia temeraria, etc., siempre en función de las **características** del suceso respectivo.

Muy brevemente, en Derecho comparado, p.e. en **Brasil**, el profesional de la medicina o de cualquier otra área vinculada a la salud de la persona que **imponga** un tratamiento a un paciente puede ser autor en general de un delito de **constreñimiento ilegal** – coacción ilegal – (*art. 146, caput, del CPB*) sin perjuicio de que otras penas sean **acumuladas**, resultantes del empleo de violencia<sup>972</sup> (*art. 129 y ss del CPB*). El *consentimiento* en general juega un papel **determinante** en el marco de dicho art. 146 del CPB para tornar **impune** el comportamiento médico terapéutico.

En **Alemania**, aunque haya una “gran polémica” a su respecto<sup>973</sup>, no existe un tipo penal **específico** para solucionar los casos de tratamientos médicos “curativos realizados sin el consentimiento del paciente”, aunque suele considerarse punible en el marco de las **lesiones** (§ 223 *del StGB*), siempre que haga daño al paciente<sup>974</sup>. La eficacia del asentimiento presunto es patente, recuerda GALÁN CORTÉS<sup>975</sup>.

En **España**, donde el tema del *consentimiento* en el ámbito de las lesiones es ampliamente discutido, lo que es deducible por las muchas referencias a lo largo de esta investigación, y donde por supuesto son **heterogéneos** los matices **sistemáticos** y **doctrinales** (*sobre todo*) a su respecto, en el caso de la intervención médica sin la autorización del paciente la **mayoría** de los autores, como estima (*por todos*) MORILLAS CUEVA<sup>976</sup>, se sitúa en el sentido de la **punición** del médico “por un delito de coacciones, fundamentado en el ataque a la libertad que supone el menoscabo a la autodeterminación del sujeto en la aplicación sobre su persona de un tratamiento curativo”. Y ello tampoco impide considerar, de conformidad al CPE, la presencia de un delito de lesiones en

---

<sup>972</sup> En la doctrina brasileña, por todos, véase a RÉGIS PRADO (*Comentários ao Código Penal... cit.*, p 606).

<sup>973</sup> Por todos, recuerda GALÁN CORTÉS (*Responsabilidad médica y consentimiento informado... cit.*, p 385).

<sup>974</sup> En Alemania, cuando del tratamiento médico impuesto sin el consentimiento del paciente no resulta una lesión a la salud en general, la mayoría doctrinal (EBERHARD SCHMIDT, etc.) entiende que se debe punir el comportamiento como coacción, al contrario de una minoría (BAUMANN, etc.) que elige la punición como una lesión (véase referencia en con GALÁN CORTÉS, *idem supra*, pp 385 y 386). Los primeros, defienden como bien jurídicamente protegido la “libertad personal”; los segundos, el “derecho de disposición del propio cuerpo”. Sin embargo y a mi juicio, en ambos casos es la libertad de la persona como núcleo contextual la que resulta agredida.

<sup>975</sup> *Ibidem*, p 385.

<sup>976</sup> (*Aspectos penales del consentimiento informado... cit.*, p 793).

**concurso real** con coacción ilegal, cuando el resultado de ésta sea también una lesión a la integridad corporal o a la salud física o mental del paciente.

Otro aspecto que merece una breve **alusión** se refiere a lo que apunta, p.e. MARTÍNEZ RUIZ<sup>977</sup>, como una “cuestión de fondo relativa a cuál es el ámbito material” sobre el que despliega el *consentimiento* sus efectos acerca del art. 155 del CPE (y, *añadido, de cualquier otro artículo semejante en cualquier otro Código o Ley especial*). Suele hacerse una “distinción sustancial” (y *muy oportuna*) entre lo que significa “*consentimiento de la víctima respecto a una actividad peligrosa y consentimiento de la víctima respecto de un resultado lesivo*”<sup>978</sup>. Acrecienta dicho Profesor de la Universidad de Granada que para los supuestos consentidos de riesgo<sup>979</sup> “sería muy cerca del absurdo si discutiéramos su atipicidad penal<sup>980</sup>”, tratando la solución del problema en el ámbito de la teoría de la **imputación objetiva**, ya que la conducta básica, que en otras condiciones constituye objeto de imputación penal, en estos casos está dentro de los límites jurídicos del **riesgo permitido** (*la práctica del kárate, del boxeo, del fútbol, las lesiones médico-quirúrgicas, una transmisión de SIDA en una relación sexual cuando la pareja, informada, utiliza métodos de prevención que fallan, etc.*), lo que ya aleja el “*tipo indiciario*” o “*el tipo en sentido estricto*”<sup>981</sup>, independientemente de la necesidad de evaluar la validez y eficacia del *consentimiento*. Respecto a consentir en un **resultado lesivo**, dicho autor

---

<sup>977</sup> *Los Delitos de Lesiones... cit.*, p 25.

<sup>978</sup> *Idem supra*.

<sup>979</sup> Respecto a situaciones normalmente de riesgo – por ejemplo en los deportes –, hay contextos específicos en los que la autorización del afectado puede estar dentro del ámbito de las lesiones, como es el caso de ciertos enfrentamientos en el jiu-jitsu, el boxeo tailandés, el boxeo occidental. Distinto es un entrenamiento regular de estos deportes que sólo abarca el riesgo. Sobre la (a mi juicio) imprescindible intervención del Derecho penal en el marco de los deportes en general, recuerda por todos, y antes, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (*La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador* {81/97} - *Revista española de Derecho deportivo* – enero/junio de 1995, Madrid/España, Civitas, p 81), que es “necesario examinar también desde el punto de vista del Derecho Penal la actividad deportiva, con el fin de deslindar aquellos peligros inherentes a la propia actividad que resultan aceptables hasta cierto punto, y aquellos otros casos en los que la conducta de los que intervienen en el juego o deporte es de tal índole que resulta completamente intolerable en atención al respeto que merecen determinados intereses para el Derecho (fundamentalmente, la vida y la integridad física)”. A mi juicio, tanto las reglas formal-materiales (admitiendo riesgos o, en su caso, lesiones) como el consentimiento otorgado que les corresponde en el ámbito de determinados deportes son a veces intencionalmente menoscabados por sus participantes, lo que impone la intervención natural del Derecho penal con la misión controladora social y formal de evitar los absurdos e impunemente reiterados comportamientos infractores de los que somos testigos en el fútbol, en el baloncesto, en el boxeo, etc., creando la idea de que los principios constitucionales de igualdad, legalidad, moralidad, protección a la salud y a la vida, justicia, etc., son inexistentes para determinados individuos que, en verdad, son delincuentes beneficiados por un especie de prevaricación u omisión de las autoridades competentes.

<sup>980</sup> *Los Delitos de Lesiones... cit.*, p 25.

<sup>981</sup> *Idem supra*.

pone en duda la necesidad y “conveniencia político-criminal” en lo que incluso a la atenuación de pena formalizada en dicho artículo 155 se refiere<sup>982</sup>.

En cuanto al planteamiento del párrafo anterior, y por todo lo que antes he escrito en el marco de esta investigación, una vez que **medie** el *consentimiento auténtico*, con su base constitucional (*protección a la libertad, a la autodeterminación, a la dignidad, al desarrollo de la personalidad*), lo que muy característicamente acaece con **anterioridad** a cualquier otra mediación contextual que pueda excluir la punibilidad, entonces, a mi juicio, todos los casos de impunidad que eventualmente se hagan presentes en el contexto jurídico con **posterioridad** ya no necesitan evaluación. El *consentimiento* auténtico se superpone, fundamentalmente por su ya reiterada base directamente constitucional y expresiva de Derechos fundamentales.

Una vez se encuentre el bien jurídicamente **disponible** y dentro de la esfera de **dominio** de su titular y éste consienta auténticamente de conformidad a las características de dicha disponibilidad y en el ámbito de su referida área de mando, resulta siempre **atípica** la actuación del autor, esté a nivel de **riesgo** o de **lesión** el comportamiento humano, aunque deba mantenerse necesariamente dicho sujeto activo en el marco de lo que ha consentido el afectado – *en fin, la libertad para autodeterminarse de la persona, dentro de su esfera de dominio, es la que asume el status de bien jurídicamente protegido, sea en las lesiones o no, desde que el consentimiento exprese validez y eficacia jurídicas* –.

Hay **determinados** contextos jurídicos donde el *consentimiento* sólo alcanza sus efectos de validez y eficacia (*sobre todo atípicos*), cuando es expresado tras una **información adecuada**, cualitativa y cuantitativamente. Es seguro decir que por todo lo antes expuesto esta afirmación constituye algo muy lógico.

Con un papel **determinante** en cualquier intervención **médica** (*clínica, quirúrgica invasora o no*) e incluso **psicológica**, en la que sea posible obtener el *consentimiento* auténtico (*atípico*) del paciente o su negación y, en ciertos casos, el

---

<sup>982</sup> Sobre la opinión crítica de MARTÍNEZ RUIZ (*ibidem*), antes hice una breve cita en el Capítulo II de esta investigación.

presunto<sup>983</sup> (*justificante*), la ausencia de información del afectado significa un acto jurídico-penal **relevante**, es decir, contra el derecho, culpable y punible, representando además una violación a la propia cumbre constitucional-fundamental, pues dicho titular del derecho estará decidiendo sobre la concesión de un bien jurídico disponible dentro de su esfera de dominio sin conocer las **implicaciones** del respectivo asentimiento sobre su dignidad, su intimidad, el desarrollo de su personalidad. Y ello manifiesta un vicio absolutamente **insanable e invencible** desde que la omisión de informar adecuadamente haya impedido la libre manifestación de la voluntad.

Un ejemplo legislativo directo y que retrata hoy día la fundamental **importancia** de la **información** en el ámbito formal-material de la **actividad médica** es el caso, en España<sup>984</sup>, de la Ley nº 41/2002 (*Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*), de 14 de noviembre (*BOE de 15 de noviembre*). Dicha LRAP, como recuerda, por ejemplo, MORILLAS CUEVA<sup>985</sup>, “supone un nuevo e importante avance en la ordenación legal de estas materias”, añadiendo que en dicha Ley “se vuelven a desarrollar, en una dimensión más actualizada, los derechos básicos de información sanitaria, de intimidad, de respeto a la autonomía del paciente y los referentes a la historia clínica”, que **significan** “adelantos normativos, absolutamente necesarios en los Estados garantistas<sup>986</sup>”.

Aunque la antecesora Ley española nº 14/1986, en su art. 10.6, reconociera entre los **derechos** del paciente el de **libre** elección del tratamiento

---

<sup>983</sup> En lo que al consentimiento presunto se refiere, por razones muy lógicas esta modalidad justificante no es estimada en el ámbito de las intervenciones médicas estéticas, recordando por todos GALÁN GORTÉS (*Responsabilidad médica y consentimiento informado... cit.*, p 267) que además los riesgos y las lesiones a los que se somete el afectado en dicha actividad ya no se refieren a “pacientes, en su sentido propio, sino a clientes”, lo que implica una necesidad aún mayor de información. Añado que es como mínimo difícil admitir en el marco de las lesiones cosméticas casos de estado de necesidad propios para salvar la integridad física o mental del titular del bien o de peligro contra la salud pública que siquiera la justifiquen, lo que incluye en este contexto también los supuestos de tratamiento psicológico.

<sup>984</sup> En Brasil, el ejemplo de la importancia fundamental del consentimiento previa y adecuadamente informado para el área médica está contenido, p.e., en la Ley nº 9.434/97, en el Decreto nº 2.268/97, en la Medida Provisoria nº 1.959-27/2000, antes referidos.

<sup>985</sup> *Aspectos penales del consentimiento informado* - *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón... cit.*, pp 767 y 768.

<sup>986</sup> Sobre el mismo tema, escribe SEGURA GARCÍA (*El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas* - *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal... cit.*, p 897) que la LRAP “ha venido a consolidar un respeto total a la

terapéutico, después de haber recibido toda la **información** sobre su caso, incluso el diagnóstico y las eventuales alternativas de tratamiento, presentaba **tres excepciones**, no todas de conformidad con la dinámica hermenéutico-constitucional de la **expansión** de los **Derechos fundamentales**: **a)** cuando la no intervención podía suponer un **riesgo** para la salud pública; **b)** cuando el paciente **no estuviera** en condiciones para decidir; **c)** cuando la situación de **urgencia** no permitiera retrasos, amenazando causar lesiones irreversibles al paciente o existiera peligro de óbito. Es decir, que destacadamente por la excepción nº 3 el médico podía actuar **contra** la voluntad del paciente, su dignidad, su libertad, su intimidad, el desarrollo de su personalidad.

Sin embargo, la Ley nº 41/2002, en el art. 9.2, **rectifica** satisfactoriamente las restricciones formales de la Ley nº 14/1986, reduciendo a **dos excepciones** las intervenciones médicas independientes de la autorización informada del paciente: mantiene la cuestión del **riesgo** para la **salud pública** y el caso de que esté en **peligro** inmediato y grave la “integridad física o psíquica del enfermo” y tampoco haya sido “posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”. Respecto a este tema, merece ser citada SEGURA GARCÍA<sup>987</sup>, al recordar que **obviamente** en la Ley nº 41/2002 (*art. 2.2*) el asentimiento “del paciente es requerido con carácter previo a toda actuación en el ámbito de la sanidad”, no obstante “dicho consentimiento requiere que, antes, el paciente reciba una información adecuada”. En fin, esa “información ha adquirido una importancia trascendental, en tanto que superada la antigua relación médico-paciente de marcado carácter paternalista”.

Sí la **información**, de modo patente y donde es necesaria, significa un **Derecho fundamental** del paciente para el perfeccionamiento auténtico de su *consentimiento*, con evidente relevancia en el marco de las intervenciones **quirúrgicas** – sean de carácter **reparador** (*más característicamente de medio*) o sean **estéticas** (*normalmente de fin*) – e incluso meramente **clínicas** y **psicológicas** (*en éstas, ciertos riesgos a que se expone el paciente hacen indispensable la información: una psicoterapia en la que el paciente no puede largar el tratamiento so pena de empeorar su estado mental*). Así, la **información** dentro de estos marcos de la actividad humana con

---

libertad de voluntad del ciudadano que se encuentra, actual o potencialmente, sometido a un tratamiento médico”.

inequívocas repercusiones jurídicas, asegura **básicamente**: **a.** el respeto al atributo natural, inherente y fundamental de toda persona que es su **dignidad**, que se impone en el ordenamiento como un bien jurídico protegido con la valoración **superior** que le reserva la Constitución de cualquier Estado social y democrático de Derecho, desplegando sus efectos sobre las demás Leyes; **b.** el respeto a la **libertad** para **autodeterminarse** del individuo, que es otro de los derechos naturales y constitucionalmente básicos, **principalmente** en lo que a los bienes personales o individuales se refiere; **c.** el respeto a la **intimidad** del ser humano, que significa un derecho constitucional en principio **inviolable**; y **d.** el respeto al **desarrollo de la personalidad** humana, que es tan **fundamental** en esta cuarta generación de derechos en el mundo moderno en búsqueda de **justicia** como la propia protección a la persona en general que las Constituciones efectivamente civilizadas **adoptan**.

En definitiva, ello significa que la **información** ostenta con legitimidad un carácter puntualmente **imprescindible**; un **Derecho fundamental** del paciente.

### III - **EL CONSENTIMIENTO EN EL CONSORSUS DELINQUENTIUM.**

El concurso de **delincuentes** acaece cuando **dos o más** individuos practican un único acto tipificado en la Ley como infracción penal (*p.e.: dos asesinos a sueldo quitan la vida de un empresario*). La cantidad de **autores** o **partícipes** es determinante para la clasificación. En los diversos ordenamientos jurídico-penales de distintos países, el concurso de agentes puede además implicar una circunstancia **aggravante** modificativa de la responsabilidad penal o una causa de **aumento** de pena específicamente para un determinado tipo penal o un grupo de tipos penales, dependiendo de la estructura delictiva en la que esté involucrado y de los criterios político-criminales empleados (*adentrarse en este aspecto no es de interés inmediato para esta investigación*).

Sin embargo, y de manera amplia, cuando media el *consentimiento auténtico* de la persona afectada, sus desdoblamientos sobre la neutralización del tipo y como causa de impunidad en general sólo son válidos y eficaces respecto al autor que

---

<sup>987</sup> *Idem supra.*

recibe el asentimiento de dicho titular del bien jurídicamente protegido y mientras aquél se mantenga **dentro de los límites** de la respectiva autorización. Ello significa que cuando uno, p.e., tiene el *consentimiento* de una mujer para con ella yacer y lo hace en compañía de un amigo sin que éste reciba dicho asentimiento, está actuando **fuera** de los límites consentidos e incluso en co-autoría con su compañero, resultando **irrelevante** el *consentimiento* anteriormente expresado y no respetado por el sólo autor beneficiado, lo que implica la punición del comportamiento de ambos básicamente como una violación.

Se puede deducir que, de las breves consideraciones de este apartado en el marco de un *concursum* de autores, muy **normalmente** el *consentimiento* auténtico que la víctima expresa en relación a uno de los agentes no se **comunica** en absoluto a los demás e incluso pierde su validez jurídica aislada completamente ante el comportamiento consciente, conjunto y delictivo **posterior** por todos los involucrados adoptado, pues la libertad para autodeterminarse de dicha afectada resta absolutamente comprometida.

Sin embargo, la regla de la incomunicabilidad del *consentimiento* a los co-autores **no se aplica** en el caso de los partícipes por una breve y muy lógica razón. Es decir, que básicamente el partícipe sólo se involucra en el hecho para favorecer el **comportamiento consentido** del autor (*por ej.: uno que consiente que otro le destruya la casa, necesariamente debe consentir en relación al tercero que suministra los explosivos*).

#### IV - EL CONSENTIMIENTO EN EL CONCURSUM DELICTORUM.

El concurso de **delitos**<sup>988</sup> ocurre cuando **un** individuo practica dos o más actos tipificados en la Ley como infracción penal (*v.g.: un secuestrador, además de la privación de la libertad de la víctima, decide también violarla sexualmente y darle una paliza*). En esta modalidad comportamental es la cantidad de **delitos** lo que determina la clasificación a nivel de concurso ideal (*o formal*), real<sup>989</sup> (*o material*), delito continuado,

---

<sup>988</sup> En España: arts. 73, 74 y 77 del CP, en Brasil: arts. 69, 70 y 71 del CP; en Alemania: §§ 52 y 53 del CPA.

<sup>989</sup> Sobre la cuestión de los concursos de delito (y naturalmente de falta) en España, especialmente el real y el ideal, por todos véase a SUÁREZ LÓPEZ, José María, en *El concurso real de delitos*, Madrid/España, EDERSA, 2001, el que, además de un análisis abierto con notable marca ideológico-jurídica, y basado “en la línea marcada por MORILLAS CUEVA” (p 148), sugiere un texto modificador de las reglas de los actuales arts. 73 a 78 del CPE.



etc., dependiendo del contexto jurídico entre actos y acciones y también de los criterios de política criminal que las distintas legislaciones penales utilicen.

No obstante, la perspectiva de la teoría del *consentimiento* como la estoy tratando en el marco de esta investigación no creo que lleve a mayores **conflictos** generales acerca de la cuestión del concurso de comportamientos del autor. Muy bien, el *consentimiento* sólo despliega sus efectos de **atipicidad** en beneficio del autor sobre las conductas respecto a las cuales haya **autorizado** el titular del bien jurídico disponible. Cuando el autor es autorizado por el afectado para que adopte un determinado comportamiento (*típico en otras circunstancias*), es solamente sobre esta conducta que realiza sus efectos **lícitos** dicha otorga. Si el autor practica otra conducta además de la que está autorizado, el *consentimiento* anteriormente otorgado no tiene **relevancia** en cuanto a aquélla, pues ha concluido en el marco de ésta (*verbigracia: uno recibe la autorización del propietario de una televisión para que la coja en su sótano y se quede con ella, aunque dicho autorizado, además de coger el equipo, decide destruir un armario del otorgante – respecto a haber cogido la televisión el hecho es atípico pero sobre los daños el comportamiento es punible<sup>990</sup>*).

Sin embargo, **hay situaciones** en las que el *consentimiento* para la práctica del acto (*que es típico y punible sin la autorización del afectado*) es **anulado** antes de su realización y aún así el autor tanto lo **consume** como **realiza** otro (*u otros*). En estos supuestos, obviamente la autorización que conduce al primer comportamiento (*derogada antes de su realización*) no despliega ningún efecto de validez y eficacia jurídicas, resultando **punibles** ambos comportamientos (*por ej.: uno se determina a participar de una orgía sexual en grupo, siendo informado de que el sexo será practicado entre hombres y mujeres, no obstante, al llegar al sitio es informado que la mayoría de los participantes ha cambiado de idea para que tengan una fiesta hetero y homosexual, además de sadomasoquista, con el que no se pone de acuerdo aquél, pero algunos participantes de dicha orgía deciden emborracharlo y lo hacen integrarse al sexo grupal hetero, homosexual y sadomasoquista – teóricamente, tanto hay un abuso sexual como*

---

<sup>990</sup> En estos supuestos de consentimiento eficaz con otro hecho punible, ya no se habla de concurso de delitos, pues el consentimiento válido y eficaz aleja el comportamiento típico de la conducta asentida. No obstante, cuando hay, p.e., tres conductas con dos de ellas no consentidas y punibles y una tercera consentida, sí hay un concurso. Todo, es sólo una cuestión de raciocinio lógico.

*lesiones a la integridad física y a la propia intimidad del que no consintió auténticamente en participar del festín –.*

De todo lo expuesto, es **deducible** que el concurso de **delincuentes** y el concurso de **delitos** también suelen ocurrir **simultáneamente**, es decir, que ello sucede siempre y cuando **dos o más personas** practican **dos o más delitos**, en cuyo contexto no medie el *consentimiento* auténtico eficazmente y de tal modo que torne atípico, como regla, el comportamiento conjunto de los involucrados.

## **CONCLUSIONES**

## 1 - ASPECTOS GENERALES DEL CONSENTIMIENTO.

1.1 La vida equilibrada en una sociedad humana implica **aceptar reglas** democráticas y **cumplir deberes**, por una parte, y **ejercer derechos** y **utilizarlos**, por otra. Los Derechos sólo alcanzan su cumbre efectivamente garantizadora en el marco de la sociedad políticamente organizada, a través de la legitimidad y de la legalidad del Estado democrático, cuando están incluidos en el ordenamiento jurídico que les corresponde, con primacía desde la **Constitución**. Desde entonces pueden (y *deben*) mejor **expandirse**.

1.2 El *consentimiento* en Derecho penal es una manifestación de **extrema** afirmación humana con base legítimamente constitucional. Ello parte del atributo inherente a la persona que es la **libertad para autodeterminarse**, según lo que le convenga y de conformidad a la administración de **bienes jurídicos disponibles** dentro de una determinada **esfera de dominio**, pudiendo dicho titular renunciar a la protección penal, con **dignidad** y hacia el **desarrollo de su personalidad** – *desde luego, esta es una cuestión indudablemente involucrada con **Derechos fundamentales*** –. No obstante, nada en el ámbito del Derecho puede existir con equilibrio sin reglas político-jurídicas que disciplinen el ejercicio incluso de la propia libertad, pues de otro modo las propias conquistas de la civilización humana podrían acabar como un fin muy **perjudicial** en sí mismo.

1.3 En cuanto a su aspecto estructural dentro del marco de la **Ciencia penal** – *lo que, por tanto, implica referirse al ámbito del **Derecho público*** –, las reglas atinentes al *consentimiento* no deben (y *no pueden*) tener rigores semejantes a aquéllas más restrictivas involucradas con el **Derecho privado**, más aún cuando se trata dicho asentimiento bajo una perspectiva sistemático-liberal. La Ciencia penal es una especie de rama más sensible para exteriorización del Derecho en su sentido concreto de justicia, y que no puede comprender un fin en sí misma, sino que debe constituir como una certeza de **garantía** expansiva dentro de un sistema **abierto**, es decir, aceptando, utilizando y sirviéndose tanto de la **política criminal** como de criterios de orden **sociológico** y cultural en general con una labor hermenéutica de carácter destacadamente teleológico, lo que es característicamente necesario para el desarrollo y el perfeccionamiento de sus mecanismos internos y externos como Ciencia del tercer milenio. Ello acaece en el ámbito

conceptual y fáctico del Estado moderno bajo el prisma democrático, donde la legalidad, sobre todo, debe imponer una limitación al intervencionismo del Estado, siempre que este procedimiento implique un sacrificio injusto de cualquier derecho de la persona, es decir, sea **inadecuado, innecesario y desproporcionado** en su significado estricto.

**1.4** Además de todo, la **unidad**, la **armonía** y la **eficacia** de los sistemas jurídicos, sociales y demócratas modernos son de tal modo satisfactoriamente coherentes con el relieve del *consentimiento* penal que le aseguran la existencia y el desarrollo como instrumento de pujante **supralegalidad**, dentro de los ordenamientos en los que no hay una previsión directa a su respecto.

**1.5** Para que sea posible asegurar la **validez** y los efectos **eficaces** del *consentimiento* jurídico-penal auténtico (**atípico**) dentro de la teoría jurídica del delito, es necesario que dicho asentimiento contenga **todos** sus requisitos esenciales: **capacidad** natural, mínima o satisfactoria de discernimiento, por parte del titular del bien jurídicamente protegido para renunciar a la protección penal, dependiendo de la hipótesis jurídica-factual; **disponibilidad** del bien para su renuncia; **manifestación** inequívoca del *consentimiento* y que la conozca como mínimo razonablemente el autor; **ausencia** de vicio impeditivo; **renuncia** a la protección penal *ex ante facto*. Si sin la constatación de esas exigencias de autenticidad hay un **fallo** estructural, como mínimo de legitimidad, sobre la constitución del *consentimiento*, resultando que el comportamiento humano típico que le corresponde muy característicamente supervive dentro de la **teoría jurídica del delito**.

## **2 - FORMAS, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO.**

**2.1** Hay dos especies **básicas** de *consentimiento* penal bajo una distinción jurídica con significado más específico y destaque técnico-axiológico. El **acuerdo** (*Einverständnis*) y el **consentimiento en sentido estricto** (*Einwilligung*).

**2.1.1** Es seguro afirmar que la forma estructuralmente más sencilla del *consentimiento* (*y donde ya no aportan divergencias considerables*) en Derecho penal es su modalidad de **acuerdo** con **voluntad natural** (*consentimiento de primer nivel*). A este

respecto no hay razones que merezcan referencias en esta conclusión como causa de **atipicidad**, pues del acuerdo no resulta ninguna lesión a un bien jurídico-penalmente tutelado, según lo entiende **adecuadamente** la doctrina dominante bajo cualquier teoría que adopte (*el permiso para que un tercero entre en una morada es uno de los ejemplos muy característicos de esa modalidad de expresión de la voluntad natural*).

**2.1.2** Sin embargo, el **acuerdo** suele presentarse con una variación estructural en supuestos donde la voluntad natural ya no basta por sí sola para alejar la protección penal, requiriendo el concurso de un **discernimiento mínimo** (*consentimiento de segundo nivel*) para su validez y eficacia jurídicas (*el caso del riesgo de lesiones en ciertos deportes, en principio sin grave amenaza funcional a la salud del titular del bien, como el balonmano, la esgrima, el fútbol, etc., es uno de los ejemplos comunes*). En dichos casos ya es necesario que el titular del bien tenga una **idea** mínima del **riesgo** y de las posibles lesiones que podría sufrir dicho objeto sobre el que renuncia, además de sus consecuencias. En este contexto, las perspectivas de los juristas ya presentan ciertas **divergencias** sobre la ubicación de esta modalidad de *consentimiento* dentro de la teoría del delito, según reconozcan una mayor o menor valoración del **dominio autónomo** (*libertad, dignidad*) y de la **capacidad** de desarrollo legítimo de la personalidad del individuo titular del bien jurídico, lo que implica efectos respectivamente atípicos o, en su caso, justificantes del comportamiento humano realizado dentro de los límites del consentimiento.

Las consecuencias jurídicas del *consentimiento* como **causa de exclusión de tipicidad** son claramente distintas de aquéllas que resultan de su consideración como causa de **justificación**. La **primera** situación ni siquiera permite la imputación penal del autor, pues aleja desde luego su condición de sujeto del proceso, cuando impide la propia realización de la tipicidad desde su aspecto formal, lo que, además de una verdad dogmática y político-criminal expresada por la teoría **monista**, es consecuentemente un ejemplo muy claro de mayor garantía jurídica y una señal muy fuerte de **no simbolismo** del Derecho penal. La **segunda** situación, convalida la tipicidad y solamente en el segundo elemento conceptual de formación del delito en el marco de su teoría (*antijuridicidad*) es donde se **manifiesta** para justificarlo y tornar impune el comportamiento del autor respectivo.

**2.1.3** El **eje** de esta investigación apunta al **consentimiento en sentido estricto** – como lo refiere todavía hoy día la mayoría de los juristas de postura separatista, aunque a mi juicio sea mejor referirlo como **consentimiento de tercer nivel**, rango, grado, modalidad o categoría –. Dicha modalidad, sea como sea, exige la indudable presencia de la voluntad libre y autodeterminada con **discernimiento satisfactorio** (*equivalente como regla a las propias capacidades intelectual y volitiva con actividad normal*), lo que significa que el titular del bien originalmente protegido y **disponible** jurídicamente para consentir necesita **valorar** de manera muy razonable la **cualidad** y el **significado** de su acto de renuncia a la protección penal, además de la **intensidad** y de los desdoblamientos psicosomáticos y jurídicos del *consentimiento*, en situaciones como la donación de órganos, el aborto en caso de estupro, la eutanasia restrictiva, etc.

**2.2** Hay dos **teorías básicas** que afrontan el problema del *consentimiento* en su **tercera modalidad** (*discernimiento satisfactorio*). Además de ellas hay también una especie de **doctrina intermedia**, aunque comprensiblemente sin la misma relevancia de aquéllas entre los juristas y los sistemas jurídicos en la actualidad.

**2.2.1** Respecto a la **primera teoría**, más antigua y todavía mayoritaria, me refiero a la **DUALISTA**, cuya estructura dogmática comprende el *consentimiento (en sentido estricto)* válido y eficaz como **causa de justificación**.

Aunque sea característico a la mayoría de los propios seguidores del separatismo que **reconozca** la base constitucional del *consentimiento*, aún así no acepta este derecho/poder del titular del bien jurídicamente disponible con el relieve sistemático suficiente para que haga resultar un cambio conceptual y práctico de dicho bien protegido, tornándolo un mero objeto del hecho, pues se entrega al menoscabo por su titular como una auténtica y eficaz **renuncia** legítima y jurídica a **cualquier protección** penal momentánea, lo que significa que no al Derecho penal ampliamente, pues hasta el final de la realización del suceso es posible que el afectado anule la autorización – *el consentimiento jurídico-penal, en fin y en cualquier caso, es un acto personal revocable* –. Por supuesto, intentan sostener los separatistas que, pese a que haya mediado el *consentimiento* con validez y eficacia, mantiene el bien su *status* de objeto protegido jurídico-penalmente para aquel caso, con ello resultando lesionado dicho bien, lo que no impide que esté plenamente **justificada** – *pero sólo justificada* – la conducta del autor. Es

decir, que cuando para los dualistas el *consentimiento* de tercera categoría se ubica en la teoría jurídica del delito como **causa de justificación**, ello no tiene capacidad sistemática para alejar en absoluto el intervencionismo del Estado a través del Derecho penal, una vez que **mantiene** la tipicidad del comportamiento humano legítimamente consentido del autor.

Mientras tanto, el *consentimiento* jurídico-penalmente válido y eficaz puede actuar como causa **legal** e incluso **supralegal** de **justificación** dentro del marco del sistema democrático y social a que esté vinculado – *la actuación legal y supralegal del consentimiento es también una característica muy puntual del monismo* –.

**2.2.2** A su vez, la **teoría MONISTA**, erigida con evidente vigor doctrinal y lógica progresista desde los años 70 del siglo pasado, y que se perfecciona en su proceso estructural, adopta el *consentimiento* válido, eficaz y expresado personalmente por el titular del bien como un **conjunto excluyente de tipicidad** en el ámbito de la teoría dogmática del delito, alejando así cualquier imputación penal contra el autor del hecho.

El relieve **constitucional** y consecuentemente **penal** del *consentimiento*, que expresa la **autodeterminación** libre del titular del bien jurídicamente disponible, valorando la **dignidad** hacia el **desarrollo de la personalidad** humana, **cambia** el concepto jurídico de este bien originariamente protegido por el Derecho para un mero objeto del hecho, desde que haya sido entregado al menoscabo (*amenaza o lesión*) por dicho titular. La **esfera de dominio autónomo** (*la que contiene la libertad para autodeterminarse, la dignidad, el derecho al desarrollo de la personalidad, que son expresiones de Derecho fundamental*) del titular del bien, en el marco de su disponibilidad (*de conformidad a la ley y a las buenas costumbres o al sistema, conforme sea*), sí, es el **verdadero bien jurídicamente protegido**. Por supuesto, ya no hay **sentido** dogmático y todavía menos cualquier escenario teleológico convincente para mantener la distinción dualista, lo que básicamente explica el conjunto del *consentimiento* como causa de **atipicidad**.

Dentro de este contexto **unificador-atípico** del *consentimiento*, aún a mi juicio es oportuno recordar que mientras la libertad ilimitada significa de manera muy racional una amenaza al equilibrio del Estado de Derecho (*porque antes impide el*



*equilibrio de las relaciones humanas*), su **máxima** expresión debe ser **asegurada** siempre y cuando represente un instrumento de manifestación de Derechos fundamentales, sin una razón patentemente justa y constitucionalmente proporcional para su restricción.

Así, la **teoría simplificadora**, con respecto a la cual libremente he **consentido** en vincularme e intento modestamente a ella contribuir, expresa una convicción dogmática de extrema lógica y relieve **liberal** – *por justicia, ROXIN es el gran maestro del monismo liberal actualmente* –, destacándose como **garantía** democrática y social en el marco del **Estado de Derecho**. Bajo esta perspectiva de seguridad jurídica me refiero a un **consentimiento auténtico**, lo que significa que debe contener todos sus requisitos rigurosamente afirmados y a los que he apuntado en el ítem 1.4 de estas conclusiones objetivas, para sólo entonces obtener efectos **atípicos**.

Aún es muy **deducible** que los grupos de casos prácticos (*y a veces el solo caso*), con sus **peculiaridades** contextuales, son los que determinan o niegan la presencia de los requisitos para la atipicidad del comportamiento humano, una vez confrontados con el tipo formal que les corresponde en el ordenamiento, implicando lo **equivocado** que representaría intentar imponer en el marco del **consentimiento** jurídico-penal, incluso con su carácter garantizador de supralegalidad, reglas tan generales como si se estuviera ante un problema con solución **matemática** posible.

**Ante** todo, me parece adecuado sugerir una redacción de artículo con respecto a la Parte general de los CPs: “no hay delito, cuando el autor practica el hecho bajo un consentimiento válido y eficaz, expresado directamente por el titular del bien jurídicamente disponible, o por su representante legal, en este caso de conformidad a recomendación expresa de aquél, siempre y cuando no pueda hacerlo personalmente”.

**2.2.3** Resta la **tercera vía**, es decir, la **teoría INTERMEDIA** que expresa la idea inicial de un **consentimiento** en sentido estricto dividido como **causa de atipicidad** (*en su menor parte*) y **de justificación** (*en su mayor parte*).

En líneas generales, esa teoría del **consentimiento stricto sensu repartido** no se opone al acuerdo como causa de atipicidad. No obstante, plantea situaciones en las que el **consentimiento** que sería de tercer rango puede expresar características **atípicas** y

**justificantes**, de conformidad, en general, a aspectos como la descripción del tipo penal, el contexto del caso, la importancia (*mayor o menor*) del bien jurídicamente disponible y la motivación para actuar que debe tener el titular del bien y el autor. Para esa perspectiva científica, la que (*recuerdo*) tiene en JAKOBS su más destacado representante hoy día, **en un sólo tipo penal** el *consentimiento* puede actuar imponiendo un efecto dogmático atípico o justificante, o variando como ambos, lo que es común en supuestos de lesiones deportivas, en las que, dentro del marco del *consentimiento*, comportamientos lesionadores **insignificantes** son atípicos y **significantes** son justificados. Recuerdo que a mi juicio, pese a la mayor complejidad conceptual creada *verbigracia* por JAKOBS en el entorno del tema del *consentimiento* para clasificar sus casos reales dentro de la teoría sistemática del delito (*contrariamente a ROXIN, CUELLO CONTRERAS, PÉREZ ALONSO, MAURACH/ZIPF, SEGURA GARCÍA, etc.*), parece evidenciar que, como mínimo a menudo, cuando trata del *consentimiento* atípico alternativo con su doctrina, dicho maestro alemán se refiere a grupos de casos de *consentimiento* de segundo grado como lo clasifico genéricamente, resultando concluir, acerca del tercer rango, la afirmación de su parte en pro del **separatismo** – *la doctrina de la repartición parece un dualismo que busca rumbos dogmáticos alternativos bajo la seducción poco resistible del monismo* –.

**2.3** También a mi juicio es fácil deducir que ni la **teoría dualista** y tampoco la **doctrina del consentimiento estricto repartido** poseen consistencia científico-jurídica como la que determina la fundamentación dogmática de la **teoría monista**, incluso con respecto al Estado de Derecho moderno, es decir, social y democrático a partir de su estructura formal, al que me refiero reiteradamente a lo largo de esta investigación. La base de la distinción entre *consentimiento* justificante y *consentimiento* atípico en la teoría intermedia es a su modo **fundamentalmente** la misma que utilizan determinados ilustres seguidores menos conservadores del dualismo, por otra vía terminológica, para distinguir el *consentimiento estricto sensu (justificante)* del segundo grupo de acuerdo (*atípico*), cuando así lo consideran, es decir, que acuden fundamentalmente a la **cuestión conceptual** del bien jurídico, a una **dimensión concreta** de lesión y a la **restrictiva capacidad** del titular del derecho de autodeterminarse dentro de su propia esfera de dominio autónomo. Ello, como si no bastara con las reglas de la **teoría unitaria, por sí solas** para enfrentar a cada una de esas demás teorías, **sobresaliendo** dicho monismo con su poder convincente, **valorando** por encima de sus concurrentes a la persona, su

libertad sin libertinaje, su dignidad legítima y el desarrollo natural y constitucional de su personalidad.

**2.4** Mientras tanto, por estar toda su estructura **vinculada** a la expresión libre de la voluntad humana y en fin a la manifestación de Derechos fundamentales **inherentes** a la persona, es indudable que el *consentimiento* contiene una **valoración** en principio no del todo desestimable dentro del ordenamiento jurídico-penal, aunque haya sido expresado sin condiciones normativo-formales de validez y eficacia. Sí el **potencial de injusto penal** puede de tal modo ser reducido, no debiendo pasar de largo a la percepción judicial la adecuación que significa una evaluación detallada del contexto otorgante. Me explico, siempre que el *consentimiento* sea sinceramente manifestado, no obstante **sin eficacia** formal (*por ej.: uno que autorice a un médico sin licencia para ejercer que le quite un riñón y en seguida lo implante en un familiar enfermo del donante*), pero representando la verdadera expresión de la voluntad del titular del bien jurídicamente protegido y siendo de tal modo comprendido y aceptado por el autor, debe ser de alguna forma **considerado** por el juez en la aplicación del reproche legal, según lo permita la normativización y la coherencia del sistema en el que sea expresado. Es decir, que de ese modo el *consentimiento*, tanto en el ámbito de los **delitos** como obviamente de las **faltas**, puede, en su caso, ser considerado, como mínimo, a nivel de un aspecto circunstancial y judicial en beneficio del autor (*altruismo del afectado y receptividad sincera del autor, p.e.*) o bien como causa de atenuación genérica en la aplicación de la pena a causa de la consecuente disminución del potencial de injusto que en estos casos significa materialmente. Legislaciones que representan teóricamente el Estado de Derecho **moderno**, como España, Alemania, Brasil, Francia, Italia, Portugal, Suiza, Holanda, Noruega, etc., son un ejemplo muy concreto y **abierto** de la **garantía** jurídico-penal de ese tipo de *favor rei*.

Por supuesto, y **contrariamente** a lo antes enfocado, cuando la autorización es sincera pero con ella practican los involucrados (*el titular del bien indisponible en aquellas circunstancias y el autor*) una acción y/o buscan un resultado que saben ser **contrarios a la ley** en un concurso de agentes, es obvio que este tipo de *consentimiento* delictivo puede incluso ser **utilizado** jurídicamente como una causa para **elevación** de la pena respecto a ambos, de conformidad con el contexto (*uno que pide a*

*un amigo que le ampute uno de los dedos de sus manos para así recibir una póliza de seguro y dividirla).*

**Además**, pueden ocurrir casos en los que la Ley infraconstitucional impone determinadas restricciones a la validez y eficacia del *consentimiento*, **solamente** reconociendo la reducción del potencial de injusto y asegurando la consecuente pena proporcional que corresponde al comportamiento humano en su parte delictiva (*es como instituir un consentimiento defectuoso o un medio consentimiento*), cuando, **por otra parte**, la exégesis constitucional ya **despliega** un entendimiento distinto, a ejemplo de lo que acaece con el art. 155 del CP español, el que hoy por hoy constituye prácticamente una especie de artículo sin más **acogida** en el marco de dicha *Lex Mayor*.

### 3 - **SOBRE LA TEORÍA DE LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO JURÍDICO-PENAL ATÍPICO.**

Como antes he dicho, un *consentimiento*, aunque pueda ser válido y eficaz, necesita presentarse con todos sus **requisitos** estructurales (*capacidad del titular del derecho para consentir, disponibilidad del bien, manifestación clara de la autorización y conocimiento del autor, ausencia de vicios y anterioridad*) para que despliegue **efectos** en el ámbito de la teoría jurídica del delito como causa de **atipicidad**, o mejor dicho, **auténticamente**.

**3.1 Exceptuando** la capacidad de voluntad natural, que pertenece al marco del *consentimiento* de primer grado (*o acuerdo para los más tradicionalistas*), para los **dos otros rangos** de consentimiento como los planteo, el titular del bien jurídicamente protegido debe poseer un **discernimiento mínimo o satisfactorio**. Ello, y por supuesto, dependiendo de cómo esté situado dicho asentimiento ante la capacidad exigible al titular del bien necesaria para legitimarlo, es decir, si en el segundo o en el tercer nivel, de conformidad al contexto real en el que esté involucrado y al tipo penal que de otro modo le correspondería. Sólo entonces el titular del bien puede expresar con **legitimidad** jurídica su voluntad libremente **autodeterminada** hacia el desarrollo de su personalidad atípicamente.

**3.2** Los bienes **individuales** o **personales** (*la propiedad, la libertad, la intimidad*), e incluso cuando acaece la expresión de un carácter individual más profundizado, como **excepcionalmente** respecto a la vida y a la salud (**personalísimos**), son los que sobre ellos, en principio, actúa con validez y eficacia el *consentimiento*. Sí en principio, pues no en todas situaciones y acerca de todos los bienes individuales es posible y adecuado jurídico-penalmente **que se pongan** disponibles (*o renunciables*) por la Ley o por el sistema, ya que tanto hay situaciones en las que la persona necesita ser **protegida contra sí misma** (*uno que consiente en que le amputen los dos brazos para ganar una apuesta probando que puede vivir sin ellos*) como hay otras en las que la **seguridad** y la **garantía** del Estado democrático de Derecho fundamentan su **restricción** (*uno que consiente en que terroristas le instalen una bomba en el interior del cuerpo para explotarla en un determinado sitio donde circulan varias personas*). Ello significa, muy lógicamente, que los bienes públicos materiales y los de titularidad colectiva no son disponibles jurídico-penalmente para fines de *consentimiento*.

**3.3** También, para desplegar efectos jurídico-penalmente válidos y eficaces de **atipicidad**, todo y cualquier *consentimiento* depende de su manifestación externa **inequívoca** por parte del titular del bien originalmente protegido; ésta, como mínimo, debe ser razonablemente comprensible en el mundo exterior, además de **resultar entendida** por el autor. No es exigible, de conformidad a las ponderaciones lógicas, garantizadoras y convincentes de la **teoría ecléctica**, una forma rigurosamente determinada y opresora para la manifestación exterior del asentimiento (**teoría de la declaración de la voluntad**) y tampoco le basta una sola autorización interior y jurídicamente insegura del afectado (**teoría de la dirección de la voluntad**), sino una cualquier expresión **reconocible** con seguridad en el patrón del *homo medius*.

**3.4** **Los vicios** en general (*el engaño, la coacción y el error*) **impiden** la relevancia del *consentimiento*, siempre y cuando sean **invencibles** por parte del titular del bien jurídico-penalmente protegido, es decir, que cuando interfieran en su libertad física o moral de tal manera que no permitan una verdadera expresión de autodeterminación. Por supuesto, los vicios que sean **vencibles** por parte del afectado (*p.e.: alguien es amenazado con recibir una paliza por parte de un individuo para que consienta en un hurto sabiendo que dicha amenaza no será concretizada jamás*) no tornan por sí solos irrelevante el *consentimiento*. Me explico, una vez sea mantenido un nivel de libertad

satisfactorio y racional para la expresión autodeterminada de la voluntad de la persona, sí el *consentimiento* en tales circunstancias mantiene, en principio, **relevancia** jurídico-penal hacia su validez y eficacia.

**3.5** *Ex ante facto*, es cuando temporalmente debe ser manifestado el *consentimiento* por el titular del bien para que obtenga los efectos jurídicos necesarios para su **absoluto** significado eficaz. Y no tendría el menor sentido que fuera distinto, pues lo que ya ha hecho daño al Derecho penal no puede ser legítima y tampoco legalmente **borrado** a *posteriori*, a través de la simple voluntad del individuo, que en tales circunstancias estaría de modo absolutamente **inaceptable** por encima de la propia estructura y del respeto que es **fundamental** tener todos ante el ordenamiento jurídico, como medio imprescindible para asegurar y mantener la estabilidad y el control social formal. Sólo el **Estado** formal, por medio de sus expresiones legislativas competentes y adecuadas que puede descriminalizar un comportamiento humano cualquiera que haya sido practicado, beneficiando a sus autores **normalmente** bajo el empleo de la analogía *in bonam partem*. Además, un asentimiento expresado **tras el comienzo** de la realización del hecho típico sólo puede tener alguna relevancia con respecto a los actos siguientes a su manifestación, y cuando sea posible aprovecharlo jurídico-penalmente de tal manera (*alguien necesita ser operado para que le quiten dos pequeños melanomas, uno de cada brazo, no obstante, entre una operación con anestesia local y otra el afectado, que no hubiera consentido anteriormente, decide hacerlo y el comportamiento posterior del médico resulta impune*). Sin embargo, la autorización del afectado es también **revocable en cualquier momento**, antes de la realización del comportamiento consentido, lo que significa una indudable afirmación de garantía jurídica a la libertad de la persona para su autodeterminación.

#### **4 - EL CONSENTIMIENTO Y SUS FORMAS.**

**4.1** Es patente que el *consentimiento* no se manifiesta bajo una exclusiva modalidad estructural, sino con **variaciones** de conformidad al contexto en el que esté involucrado o a la propia elección humana. Así, la forma más segura y efectivamente auténtica de *consentimiento* es la **expresa**, que tanto puede ser manifestada por **escrito** como **verbalmente** y todavía a través de una exteriorización meramente **física** (*un gesto*

*con la cabeza, con las manos, con los ojos, etc.*). No obstante, hay situaciones puntuales en las que la Ley impone un **determinado** modo para la expresión del *consentimiento*, a ejemplo de la modalidad escrita para determinados supuestos de intervención quirúrgica (*un trasplante de órganos, una operación cardíaca, etc.*). La **naturaleza jurídica** del *consentimiento* expreso es una causa de **atipicidad**, siempre y cuando sea manifestado **personalmente** por el titular del bien o por representante suyo, desde que éste haya sido instruido por el afectado sobre cómo decidir en su nombre cuando dicha persona ya no pueda hacerlo.

**4.2** Otra expresión del *consentimiento* acaece de manera **tácita**, la que intento **distinguir** de la también importante modalidad **presunta**. El *consentimiento* tácito está entre el expreso y el presunto, aunque manteniendo una estructura más cercana de aquél, incluso con sus **requisitos** básicos, lo que le asegura una **naturaleza jurídica atípica**. En el asentimiento tácito el titular del bien conoce el contexto como en un asentimiento auténtico, aunque no lo exprese exactamente igual, sino a través de un tal comportamiento comprensible e inequívoco para la capacidad humana mediana en situaciones casuísticas (*una persona busca un hospital porque tiene dolores en su estómago y el médico, tras informarla adecuadamente, le comunica que necesita aplicarle un analgésico intravenoso para curarla; el paciente se mantiene callado y sin contestar de ningún modo, aunque pudiera hacerlo, lo que significa un asentimiento casuístico en aquél contexto, y el médico realiza el procedimiento*).

**4.3** La **tercera** especie básica de *consentimiento* es la **presunta**, que significa la suposición segura del autor de cómo decidiría el afectado, **asintiendo**, si estuviera allí para hacerlo (*alguien pasa frente a la casa de un amigo y percibe que está ocurriendo un circuito eléctrico en su interior, causando daños materiales sin que el propietario esté allí; dicha persona apaga toda la electricidad de la casa presumiendo seguramente que ésta es la voluntad del titular del bien*). Los **requisitos** de la modalidad hipotética de *consentimiento* son la capacidad del afectado ausente para otorgar, la disponibilidad jurídica del bien, la ausencia de vicios, la probabilidad *ex ante facto* y el reconocimiento externo de la probabilidad por parte del autor. Efectivamente la **naturaleza jurídica** del *consentimiento* presunto es la de causa de **justificación**, ya que fundamentalmente le falta el asentimiento **personal** del afectado.

**4.4** Una **cuarta** variación de *consentimiento*, también oportuna para referir, es la **putativa**. Dicha modalidad está vinculada a los casos de **error** respecto al asentimiento del titular del bien jurídicamente protegido por parte del autor del hecho y puede expresarse como **error sobre el tipo** o como **error sobre la prohibición**. Sus **requisitos** son básicamente los de la otorga en general, aunque por supuesto adaptándolos a la situación peculiar del error por parte del autor. La **naturaleza jurídica**, para los casos de error de prohibición, no presenta divergencias dogmáticas dignas de mencionar, expresándose como una causa de **exculpabilidad**. No obstante, en lo referente a los supuestos de error de tipo, unos lo consideran causa de **atipicidad**, otros de **justificación** y una tercera posición de **exculpabilidad**; ésta, porque no considera que la ausencia del *dolus malus* por si sola sea jurídicamente capaz de excluir el propio tipo, tratando la cuestión a nivel del tercer de los elementos que integran el concepto básico de la teoría del delito. Mi inclinación personal, que acredito más garantizadora, está con dicha tercera posición.

**4.5** Un aspecto que merece atención es la importancia de la **información** adecuada en muchos de los supuestos de *consentimiento*, tanto por **disposición** legal como por **deducción** de la coherencia y armonía del sistema. Ello asume una posición de garante muy clara y destacada en las intervenciones quirúrgicas y en determinadas prácticas deportivas más radicales.

**4.6** El *consentimiento*, en cuanto al sujeto titular del bien, asume una expresión **activa** y otra **pasiva**. La **primera**, acaece cuando el afectado **provoca** el comportamiento (*alguien ofrece su propia córnea para trasplante*). La **segunda**, ocurre cuando el sujeto **acepta** el comportamiento (*uno que escucha una solicitud y consiente en que un tercero utilice su coche*).

**4.7** Finalmente, surge la cuestión del *consentimiento* sólo aparente, es decir, del **semi** o **casiconsentimiento**. Ello ocurre cuando la libertad de la persona para autodeterminarse sufre una tal **restricción** que no significa en absoluto un comportamiento de valoración de la dignidad hacia el desarrollo de la personalidad. Es característico que se exprese esta forma de consentimiento, **aparente**, cuando el titular del bien asiente para evitar lo que genéricamente entiende que sería **un mal más grave** para su entorno personal. Por ejemplo: uno se depara con una operación policial y los



mozos de escuadra le recomiendan que baje del coche y se deje examinar a ver si lleva algún arma sin permiso o drogas; alguien es víctima de un hurto cuando le sustraen una camiseta. En el primer caso, si el afectado no consiente en la acción de la policía, ésta aún así lo examinará bajo la legalidad de su actuación. En el segundo caso, parece más tranquilo soportar el pequeño perjuicio del hurto que tener que buscar la policía, hacer una denuncia formal, comparecer en juicio, etc., etc., etc.

## 5 - LA APLICACIÓN DEL *CONSENTIMIENTO* EN ALGUNOS GRUPOS DE CASOS.

**5.1** Es muy obvio que la aplicación **garantizadora** y justa del Derecho suele depender de la forma de **interpretarlo**. Los sistemas jurídicos abiertos, que tienen su carácter claramente asegurado en el ámbito de los Estados sociales y democráticos de Derecho, permiten la utilización jurídica de métodos **hermenéuticos** más liberales y progresistas, **valorando** y **expandiendo** el hombre y su bienestar como uno de sus fundamentos primordiales. Y tratar del bienestar de la persona significa decir del desarrollo de su personalidad, donde asume una posición de garante la expresión libre de la autodeterminación del individuo, a través del *consentimiento* jurídico-penal válido y eficaz. Es cierto también que una libertad sin límites jurídicamente lógicos supondría un indudable atentado en contra de la **estabilidad** de las relaciones humanas y del propio Estado de Derecho, no obstante dicha libertad deba ser asegurada lo **máximo** siempre y cuando exprese Derechos fundamentales (*y sobre todo si están directamente amparados por la Constitución*) que no se confronten con otros de superior relieve, como acaece con frecuencia en el caso del *consentimiento* jurídico-penal.

De esta perspectiva inicial, se deduce que ya no hay bienes personales o individuales **absolutamente** indisponibles; es decir, que en situaciones de **excepcionalidad** hay una relatividad jurídica en tal contexto, a ejemplo de lo que pasa con la **vida humana** en supuestos muy puntuales de eutanasia activa directa y restrictiva e incluso de aborto, los que necesitan una reflexión jurídico-constitucional, destacadamente teleológica, mientras el legislador ordinario se mantiene insensible a los avances y cambios sociales y a la hermenéutica jurídica progresista y más justa. Con este punto de vista quiero decir que el reproche por debajo de la Constitución (*sin una*

*exégesis expansiva en cuanto a sus Derechos fundamentales*), que suele ser **impuesto** legal y genéricamente para casos de **eutanasia activa directa** y para ciertos casos de **aborto**, deben ser evaluados básicamente según el marco constitucional, la armonía, la lógica y la coherencia del sistema que les corresponda. Sólo así se **libra** el aplicador del Derecho de los conservadurismos esclavistas y de una legalidad intelectual perezosa, cerrada, como un fin en sí misma y a menudo jurídicamente injusta. También en este contexto, no la **naturaleza jurídica** del aborto consentido que, en cualquier caso, como máximo puede significar una causa de **justificación**, sino la de la eutanasia activa y restrictiva puede manifestarse incluso **atípicamente**.

**5.2** Distinta del ítem anterior es la cuestión del **suicidio** propiamente dicho, que representa un acto jurídico-penalmente sólo **tolerado**, pues, aunque la conducta contra la vida y descrita en el tipo sea realizada, no tendría el menor sentido **político-criminal** punir a alguien que sobrevivió al intento de quitar la propia vida, **empeorando** su estado emocional y normalmente **estimulando** sus motivos incluso para volver a intentarlo. Sí porque el suicida es en principio alguien que **necesita ayuda**, sea psicológica, psiquiátrica, afectiva, familiar, pública, etc., dependiendo siempre del contexto de su aflicción personal. Ello implica que la **tipificación** y la punición de la **cooperación** y del **inducción** al suicidio tienen sobradas razones de ser.

**5.3** Entre varios puntos importantes sobre el tema del *consentimiento*, otro que ha estimulado discusiones particularmente interesantes se refiere a la autopuesta en peligro a través de la **huelga de hambre**. ¿Es lícito permitir al huelguista que se mantenga sin alimentarse hasta que le lleguen **daños físicos** irreversibles o la **muerte**? Teóricamente no lo creo, pues desde luego la **intención** en la huelga de hambre es muy característicamente la de llamar la atención y sensibilizar personas para que hagan o dejen de hacer algo. El huelguista **no desea** su muerte, sino que le atiendan en lo que solicita, aunque exponga su salud e incluso su vida para lograr la realización de lo que entiende ser lo más correcto. De manera general, la posición de garante del Estado necesita hacerse presente en el marco de la huelga de hambre siempre y cuando el huelguista tenga su salud o su vida bajo peligro de sufrir un daño **irreversible**.

**5.4** En cuanto a las **lesiones**, desde que medie el *consentimiento* y, en su caso, adecuadamente **informado**, tanto hay situaciones ya jurídico-formalmente **atípicas**

(*intervenciones médico-quirúrgicas, deportivas, clínicas, psiquiátricas*) como **formalmente** típicas con potencial de injusto **reducido** (*el caso del art. 155 del CPE, por ej.*) y otras **absolutamente** típicas (*alguien que pide a un amigo que le mete una de las manos en una trituradora para recibir una póliza de seguro*). Lo que pasa es que, desde una interpretación constitucional con la obvia valoración de Derechos fundamentales expansivos, **excepto** casos inequívocamente en desacuerdo con la coherencia y lógica del sistema, a ejemplo de la venta de órganos, de la mutilación para huir de obligaciones militares o laborales, del alquiler del cuerpo para experimentos científicos, etc., ya no tiene **sentido jurídico** tipificar ni punir la autodisposición libre del cuerpo, cuando esto represente una manifestación de dignidad y desarrollo de la propia personalidad.

**5.5** Por supuesto, el *consentimiento*, una vez que sea apto jurídicamente para desplegar sus **efectos** de validez y eficacia **atípicos** en el ámbito de los **delitos**, que manifiestan una estructura con potencial infractor más grande que las **faltas**, tiene igual o superior pujanza jurídica para hacerlo en lo que a éstas se **refiere**. En fin, es incluso filosófico que lo que puede sobre lo más grande puede siempre sobre lo más pequeño.

**5.6** La cuestión del *consentimiento* con relación a los concursos de **agentes** y de **delitos** es también algo jurídico-penalmente lógico. Me explico, en cuanto al **primero** (*concursum delinquentium*), sus efectos sólo alcanzan e inmunizan contra la intervención del Derecho penal a aquéllos sujetos a los cuales haya consentido el titular del bien menoscabado y desde que ellos actúen dentro del marco de lo otorgado (*ej.: cuando hay cuatro agentes, dos de los cuales actúan sin consentimiento del afectado, dicho asentimiento no tiene relevancia para estos, que serán imputados y punidos normalmente*). Acerca del **segundo** (*concursum delictorum*), el *consentimiento* solo es válido y eficaz para los comportamientos consentidos (*si cuatro conductas son realizadas y el titular del bien sólo ha asentido respecto a una de ellas, por las otras tres su autor o autores serán imputados y punidos*).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid/España, EDERSA, 1999.
- ALONSO HERREROS, Diego. *‘Una aproximación al documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre eutanasia’ – Doctrina –*. AÑO XXIII. Número 5685. Viernes, 27 de diciembre de 2002.
- ARAMIS NASSIF. *Sentença Penal – O Desvendar de Themis*. Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Editora Lúmen Júris, 2005.
- ARIEL DOTTI, René. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – 1ª edição, 2ª tiragem*. Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Editora Forense, 2002.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El consentimiento en el Derecho Penal (Cuadernos “Luís Jiménez de Asúa” – Colección dirigida por Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno Bravo {coordinador} y Maria Luisa Silva Castaño)*. Madrid/España, DYKINSON, 1999.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *‘El consentimiento y la esterilización de los incapaces’ – Cuadernos de Política Criminal nº 44 (311/348)*. Madrid/España, EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas, S.A.), 1991.
- BARQUÍN SANZ, Jesús. *‘La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro – Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España’ (155/211) – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona)*. Granada/España, Editorial Comares, 2001.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS,

- José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – 2ª edición*. Barcelona/España, La Ley, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional – 7ª edição*. São Paulo/Brasil, Malheiros, 1977.
  - BROWN, Dan. *El Código Da Vinca (traducción de Juanjo Estrella)*. Barcelona/España, Ediciones Urano, S.A., 2004.
  - BUENO, Francisco. *Los Reyes de la Alhambra – Entre la historia y la leyenda*. Granada/España, Ediciones Miguel Sánchez, 2004.
  - CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo y A. SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires/Argentina, Editora Ad-Hoc, 1998.
  - CASAS BARQUERO, Enrique. *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba/España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987.
  - CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito – Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo/SP/Brasil, Madras Editora LTDA, 2004.
  - COBO DEL ROSAL, Manuel. *‘Sobre el aborto: hacia la aclaración de un enigma’ (243/249) – Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera)*. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.
  - COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de Derecho penal español – Parte general*. Madrid/España, CESED – Ediciones, 2004.

- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – Parte general* – 5ª edición, aumentada y actualizada. Valencia/España, tirant lo blanch, 1999.
- *CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO* – 1ª edição. São Paulo/SP, MANOLE, 2006.
- *CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB) y CÓDIGO DE PROCESO PENAL ALEMÁN (StPO)* – traducción de Juan Ortiz de Noriega, Cristina Larios Sánchez, Juan Carlos Peg Ros y Ana Monreal Díaz, bajo la coordinación de Emilio Eiranova Encinas). Madrid-Barcelona/España, Marcial Pons, 2000.
- *CÓDIGO PENAL DE CUBA – Ley nº 62/87*. La Habana/Cuba, Editorial del Ministerio de Justicia, 2003.
- *CÓDIGO PENAL BRASILEIRO* – 1ª edição. São Paulo/SP, MANOLE, 2006.
- *CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA* – 11ª edición actualizada – septiembre de 2005. Madrid/España, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- *CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – Anotado e comentado e Legislação complementar (M. Maia Gonçalves)* – 11ª edição. Coimbra/Portugal, Livraria Almedina, 1997.
- *CONSTITUCIÓN PARA EUROPA*. Bruselas/Bélgica, Oficinas de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (*Luxemburgo*), 2004.
- CRUZ OCHOA, Ramón de la. *‘La polémica actual en el Derecho penal’ – Cuadernos de Política Criminal – segunda época – III, nº 87*, pp 297/310. Madrid/España, Editorial CESED, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español – Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito* – Tercera edición. Madrid/España, Editorial DYKINSON, 2002.

- DAMÁSIO DE JESUS, E. de. *Imputación Objetiva* – 2ª edición. São Paulo/SP/Brasil, Editora Saraiva, 2002.
- DAMÁSIO DE JESUS, E. de. *Direito Penal – Parte Geral – 1º volume*. São Paulo/SP/Brasil, Editora Saraiva, 1999.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto y ALMEIDA DELMANTO, Fábio M. *Código Penal Comentado* – 5ª edição. Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Renovar, 2000.
- *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA* – REAL ACADEMIA ESPAÑOLA – Tomos I y II – Vigésima segunda edición, 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal – Estudios*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- EDUARDO ESPÍN. ‘*El sistema de fuentes en la Constitución*’ (91/108) – *Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* – 6ª edición. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- EDUARDO ESPÍN. ‘*Los derechos de la esfera personal*’ (217/250) – *Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* – 6ª edición. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. ‘*Auxilio al suicidio en enfermos terminales y eutanasia*’ (311/350) – *Estudios jurídico-penales sobre genérica y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. FERRANDO MANTOVANI (coordinadores: Ignacio F. Bénitz Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera)* –. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.
- FERNANDO PESSOA. *O Eu Profundo e os Outros Eus – coletânea poética* – 3ª edição. Rio de Janeiro/RJ/Brasil, Companhia Aguilar Editora, 1974.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra/Portugal, Coimbra Editora, 2004.
- FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid/España, Colex, 1995.
- GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Madrid/España, Civitas, 2001.
- GANDARA VALLEJO, Beatriz de la. *Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación Objetiva*. Madrid/España, Colex, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid/España, Civitas, 1981.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. *‘La cláusula general de igualdad’ (177/197) – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos – 6ª edición*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. *‘Los derechos de libertad. La libertad personal’ (257/276) – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos – 6ª edición*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. *El tipo básico de aborto*. Pamplona/España, Editorial Aranzadi, 1981.
- GIMBERNAT ODEIG, Enrique. *¿Qué es la imputación objetiva? – Estudios de Derecho Penal*. Madrid/España, Tecnos, 1990.
- GONZAGA FARIAS, Aureci. *A Polícia e o ideal da sociedade*. Campina Grande/PB/Brasil, EDUEPB, 2003.



- GONZÁLES RUS, Juan José. *‘El aborto. Lesiones al feto’ (119/137) – Derecho Penal Español – Parte Especial (Coordinador: Manuel Cobo del Rosal)*. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2004.
- GONZÁLES RUS, Juan José. *‘ Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia’ (91/118) - Derecho Penal Español – Parte Especial (Coordinador: Manuel Cobo del Rosal)*. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2004.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (*Jueces para la democracia – Comisión de política criminal alternativa – y Departamentos de Derecho Penal de las Universidades de Alicante, Complutense de Madrid y Literaria de Valencia*). *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Madrid/España, P & R Grafis, 1993.
- GÜNTHER, Hans-Ludwig. *‘La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal’ – Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal (Coordinadores: Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig)*. Navarra/España, ARANZADI, 1995.
- HABERMAN, Léo. *A História da Riqueza do Homem*, 21ª edição (traducción de Waltensir Dutra de la 3ª edición de 1959, publicada por la Monthly Review Press., New York, EE.UU.). Rio de Janeiro/RJ/Brasil, LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1986.
- HOMERO. *La Iliada*. Madrid/España, clásicos selección (*prólogo y notas de Juan Alarcón Benito*). Edimat Libros, S.A., 1999.
- HONIG, Richard. *Die Einwilligung des Verletzten – Parte I (Geschichte und Methodenfrage) –*. 1919.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito – 1ª edição – 2ª tiragem (tradução para o português de José Cretella Júnior e Agnes Cretella)*. São Paulo/SP/Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- JAKOBS, Günther. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez)*. Madrid/España, Cuadernos Civitas, 2003 (163 pp.).
  
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal (traducción de Manuel Cancio Meliá)* – Primera reimpresión. México, D.F., Angel Editor, 2002.
  
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación – 2ª edición, corregida (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo)*. Madrid/España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.
  
- JAKOBS, Günther (*parte expositiva*) y MELIÁ, Cancio (*parte crítica*). *Derecho penal del enemigo (traducción de Manuel Cancio Meliá)*. Madrid/España, Thomson Civitas, 2003.
  
- JEAN CRUET. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis – 2ª edición (el título de la obra de 1 908 de la publicación española: La vida del Derecho y la impotencia de las leyes)*. São Paulo/SP/Brasil, EDIJUR, 2003.
  
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete)* – Quinta edición. Granada/España, Editorial Comares, 2002.
  
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito – Principios de Derecho penal – sexta edición*. Buenos Aires/Argentina., Editorial Sudamericana, 1973.
  
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal – Tomo III – El delito – Tercera edición actualizada*. Buenos Aires/Argentina, Editorial Losada, S.A., 1961.
  
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*. Madrid/España, Librería General de Victoriano Suárez, 1918.

- KAFKA, Franz. *El proceso (quinta reimpresión)*. Madrid/España, Alianza Editorial, 2002.
  
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá/Col., Centro de Investigaciones en Derecho Penal y Filosofía del Derecho – Universidad Externado de Colombia, 1996.
  
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *‘El Derecho Constitucional español. Origen y características de la Constitución’ (19/34) – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos – 6ª edición*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
  
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y Mir Puig, Santiago. *‘Causas de atipicidad y causas de justificación’ – Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal (Coordinadores: Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig)*. Navarra/España, ARANZADI, 1995.
  
- MAGARIÑOS, Mario. *Teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires/Argentina, Depalma, 1989.
  
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte Generale – Quarta edizione*. Stampato in Italia, CEDAM, 2001.
  
- MANTOVANI, Ferrando. *‘Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Italia’ (69/102) – (Traducción de Jesús Barquín Sanz y Jesús Martínez Ruiz) – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona)*. Granada/España, Editorial Comares, 2001.
  
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *‘La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces’ (409/419) – Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*

(Coordinadores: *Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera*). Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.

- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Los delitos de lesiones* – Colección Estudios Penales (Director: *Carlos Aránguez Sánchez*) – Primera edición: Junio de 2002. Barcelona/España, Bosch.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general – 1 – Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (Traducción de la 7ª edición alemana por *Jorge Bofia Genzsck y Enrique Aimone Gibson*). Buenos Aires/Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.
- MEZGER, Edmund. *Die subjektiven Unrechtselemente – Der Gerichtssaal* –. 89, 1924.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado* – Cuarta edição. São Paulo/SP/Brasil, Editora Atlas S. A., 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral – I – arts. 1º a 120 – 19ª edição*. São Paulo/SP/Brasil, Editora AtlasS.A., 2003
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General – 7ª edición*. Barcelona/España, Editorial Reppertor, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. '*Derecho Penal y Deporte*' (35 y ss) – *Revista Andaluza de Derecho Penal del Deporte* – núm. 1, 2006.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. '*El Derecho Penal mínimo o la expansión del Derecho Penal*' – *Revista Cubana de Derecho* – Nº 25, Enero – Junio de 2005 (95/116). Ciudad de la Habana/Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2005.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid/España, Dykinson, S. L., 2004.

- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *‘Aspectos penales del consentimiento informado’ (765/801) - Estudios Penales en Recuerdo al Profesor Ruiz Antón (Coordinadores: Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra y Emilio Cortés Bechiarelli)*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *‘Prólogo’ (XVII/XXVI) – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona)*. Granada/España, Editorial Comares, 2001.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de Derecho Penal español – Parte General (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal)*. Madrid/España, Marcial Pons, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Ciencia penal – 3ª edición*. Granada/España, Universidad de Granada, 1993.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo y VALLS PRIETO, Javier. *‘Hacia la nueva realidad de un Derecho Penal Europeo’ (159/184) – Evolución y Tendencias del Derecho Europeo – Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada – 3ª época, número 9. Coedición de Tirant lo Blanch, Universidad de Granada y Facultad de Derecho de la UGR, 2006.*
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *‘El caso de Terri Schiavo: continúa el debate sobre la eutanasia’ (351/363) – Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera) – Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005*
- MOURA TELES, Ney. *Direito Penal – Parte Geral – Volume I. São Paulo/SP/Brasil, Atlas S.A., 2004.*
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte general – 6ª edición, revisada y puesta al día. Valencia/España, tirant lo blanch, 2004.*

- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho penal – Teoría del delito I*. Santiago de Chile/Chile, McGraw-Hill, 1998.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. *Comentario de Miguel Olmedo Cardenete a “Sobre la normatización de la dogmática jurídicopenal” de Günther Jakobs (134/162)*. Madrid/España, Cuadernos de Política Criminal, nº 83, 2004.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. *Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido – Eutanasia, suicidio y Derecho penal en España’ (105/154) – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona)*. Granada/España, Editorial Comares, 2001.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona/España, Atelier penal, 2001.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi de Diritto Penale – Parte generale – Quinta edizione*. Milano/Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador’ (81/97) – Revista española de Derecho deportivo – enero/junio de 1995*. Madrid/España, Civitas.
- PÉREZ ALONSO, Esteban José. *Delitos de acción. La tipicidad’ (Tema 22) – Derecho Penal – Parte General – 2ª edición, revisada y puesta al día con las recientes reformas penales – (Director: José Miguel Zugaldía Espinar)*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución – Octava edición*. Madrid/España, tecnos, 2003.

- Periódico *El Ideal – Diario Regional de Alkdaluzía/España*. Edición del día del 21 de mayo de 2006.
- Periódico *20 minutos*. Granada/España, del miércoles 9 de mayo de 2006, p 7 (*actualidad*).
- PÉREZ TREMP, Pablo. *‘Los derechos fundamentales’ (139/157) – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos – 6ª edición*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- PÉREZ TREMP, Pablo. *‘Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales’ (161/173) – Derecho Constitucional – Volumen I – El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos – 6ª edición*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2003.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *‘Alegato en favor de un tratamiento jurídicopenal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad’ (163/204) – Cuadernos de Política Criminal – segunda época*. Zaragoza/España, CESEJ (Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas), nº 82, 2004.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *‘¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal’ (215/256) – Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano – Anuario de Derecho Penal – Doctrina, jurisprudencia, legislación y bibliografía (Director: José Hurtado Pozo; Coordinador: Iván Meini Méndez)*. Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo/Suiza, Fondo Editorial, 2003.
- QUEIROZ, Eça de. *Obras de Eça de Queiroz – Vol. I*. Porto/Portugal, Lello & Irmão Editores, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal – Parte general (colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut) – 3ª edición*. Elcano/Navarra/España, Aranzadi, 2002.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el Derecho penal – Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*. Madrid/España, Cuadernos Civitas, 2004.
  
- RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *‘Límites al poder punitivo del Estado’ (Tema 12) - Derecho Penal – Parte General – 2ª edición, revisada y puesta al día con las recientes reformas penales (Director: José Miguel Zugaldía Espinar)*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2004.
  
- RÉGIS PRADO, Luís. *Comentários ao Código Penal – doutrina – Jurisprudencia selecionada – Lectura indicada – 2ª edição, revista e atualizada*. São Paulo/SP/Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
  
- Revista *XL Semanal 969* – “La carta de la semana”. Madrid/España, Taller de Editores, S.A., del 21 al 27 de mayo de 2006.
  
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *‘Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales’ – Eutanasia hoy. Un debate abierto (Salvador Urraca Martínez, Ed.)*. Madrid/España, Editorial NOESIS – Colección Humanidades Medicas, 1995.
  
- ROXIN, Claus. *Discursos pronunciados en el acto de investidura de Doctor “Honoris Causa del Doctor Don Claus Roxin” en la Universidad de Granada (21/38)*. Granada/España, Universidad de Granada, MMIV, 27 de mayo de 2004.
  
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal)*. Madrid/España, Thomson Civitas, 1999 (reimpresión 2003).
  
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídicopenal (tradução de Luís Greco)*. Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP/Brasil, Renovar, 2002.



- ROXIN, Claus. *‘Eutanasia, suicidio y Derecho penal en Alemania’ (3/66) – (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete) – Eutanasia y suicidio – Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Estudios de Derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona)*. Granada/España, Editorial Comares, 2001.
  
- ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal (traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano)*. Valencia/España, tirant lo blanch, 2000.
  
- ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal (traducción de Manuel Abanto Vásquez)*. Lima/Perú, Editorial Moreno S.A., 1998.
  
- RUBIO LARA, Pedro Ángel. *‘La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto’ (251/265) – Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera) – Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.*
  
- SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General – 3ª Edición*. Barcelona/España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1990.
  
- SALVADOR URRACA Martínez. *‘Eutanasia: concepto y contexto’ – Eutanasia hoy. Un debate abierto (Salvador Urraca Martínez, Ed.)*. Madrid/España, Editorial NOESIS – Colección Humanidades Medicas, 1995.
  
- SAMPEDRO CAMEÁN, Ramón. *Cartas desde el infierno – quinta edición –*. Barcelona/España, Planeta, diciembre de 2004.
  
- SEGURA GARCÍA, María José. *‘El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos’ (827/865) – Dogmática y Ley Penal – Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo – Tomo I – Coordinadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar*. Madrid/Barcelona/España, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004.

- SEGURA GARCÍA, María José. *‘El problema de la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo en los delitos de lesiones a luz de las últimas reformas legislativas’ (883/898) – Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal (Coordinadores: Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva, Enrique Orts Berenguer y Manuel Quintanar Díez)*. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.
  
- SILVA, Marinalva Freire da. *Espanhol a través de Textos II*. João Pessoa/PB/Brasil, Editora Idéia, 2005.
  
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *‘Los afectos atenuatorios del consentimiento en las lesiones’ (365/380) – Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina – Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani (Coordinadores: Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera)*. Madrid/España, Dykinson, S.L., 2005.
  
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid/España, EDERSA, 2001.
  
- VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. *O Júri no Brasil – Aspectos Constitucionais – Democracia e Soberania Social – “equivocos propositais e verdades contestáveis”*. São Paulo/SP/Brasil, EDIJUR, 2005.
  
- VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. *‘Licitud e ilicitud en el ámbito de la prueba y de la imputación penal, desde la Constitución Federal de Brasil (atención especial a la inviolabilidad de las comunicaciones)’ – 311/345 – Cuadernos de Política Criminal – segunda época – III, nº 87*. Madrid/España, Editorial CESED, 2005.
  
- VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht – Tomo II (Das Verbrechen)*. Allgemeine Lehren, 1930.
  
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal – Tomo Segundo – tercera edición (traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano*

*Saldaña*). Madrid/España, Instituto Editorial Reus, S.A. – Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, volumen XXVI.

- WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, 1939.
- ZITELMANN, Ernst. *Ausschluß der Widerrechtlichkeit – Archiv für die civilistische Praxis*. Tomo 99, 1906.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *‘Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia’ - Eutanasia Hoy. Un debate abierto (Salvador Urraca Martínez, Ed.)*. Madrid/España, Editorial NOESIS – Colección Humanidades Médicas, 1995.

## WEBGRAFÍA CITADA

- ACI Digital. *Eutanasia*, disponible en <http://www.acidigital.com/eutanasia/index.html>.
- DAMASIO DE JESUS. *O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva*. São Paulo/SP/Brasil, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abril de 2000. Disponible en [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm).
- *DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE* – Colombia, 1948. Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>.
- *DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO* – Francia, 1789. Disponible en [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2\\_e.htm#Ancre](http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm#Ancre).
- *DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS* – ONU, diciembre de 1948. Disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.
- *DICCIONÁRIO AURÉLIO SÉCULO XXI* – Edição em CD-ROM – Versão 3.0. Editora Nova Fronteira.
- *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA* – Real Academia Española – Edición en CD- ROM – Versión 1.0.
- DURÁN, Víctor Manuel. *Estado Social de Derecho, Democracia y Participación*. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos, Valle de Bravo, México, 22/25 de abril de 2001. Disponible en <http://utal.org/movimiento>.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Eutanásia no Brasil*. Mayo de 2006. Disponible en <http://conjur.estadao.com.br/static/text/17381,1>.

- ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO – *La persecución de los homosexuales del Tercer Reich*. Disponible en <http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang=sp&ModuleId=10007018>.
- GARCÍA SIERRA, Pelayo. *Estado de derecho/Estado democrático de derecho*. Disponible en <http://www.filosofia.org/filomat>.
- GUILHERME MARQUES, Luiz. *Jueces la bouche de la loi y jueces a la Paul Magnaud*. Disponible en <http://www.amb.com.br>, portal artículos.
- HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, disponible en <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/herzog/holmes%20-%20precompromiso.pdef>.
- HURTADO POZO, José. *Bien jurídico, integridad corporal, esterilización y Constitución*. 1995. Disponible en <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/95/ley95.htm>.
- JORGE LEÓN. *Destilados pentapléjicos*. Disponible en <http://destiladospentaplejicos.blogspot.com>.
- JUAN RINESSI, Antonio. *La capacidad de los menores*. Disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- *LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA* del 23 de mayo de 1949, enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001. Disponible en <http://constitución.rediris.es/legis/legextr/ConstituciónAlemana.html>.
- NEWDICK, Douglas. *Poder y Consentimiento*. Disponible en <http://dftuz.unizgr.es/a/files/anarq.th/95003.htm>.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Imputação objetiva – A autocolocação sob perigo e o princípio da confiança*. Fevereiro de 2002. Disponible en <http://www.direitopenal.adv.br>.

- POLAINO-ORTS, Miguel. *¿Volenti non fit iniuria? – Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal.* Disponible en <http://www.unifor.ch/derechopenal/anuario/03/polaino.pdf>.
  
- ROBERTO GONDIM, José. *Eutanásia.* Disponible em <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>.
  
- VELOSO DE FRANÇA, Genival, por ej., en *A perícia do erro médico.* Disponible en <http://www.geocities.com//CollegePark/union/6478/periciaerro.html>).