

El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles

Graciela ANGULO

SUMARIO: I. Concepto de bien jurídico. Breve reseña histórica. Clasificaciones. Bienes jurídicos individuales y colectivos, estatales y supraestatales. Disponibles e indisponibles. II. Consentimiento. Concepto. Supuestos planteados (atipicidad y causa de justificación; acuerdo y consentimiento propiamente dicho o estricto). III. Requisitos y efectos del consentimiento. IV. Consentimiento presunto. V. Conclusiones.

En el presente trabajo planteo como hipótesis, en primer término, la posibilidad de que el titular de un bien jurídico individual pueda disponer de éste a través de su consentimiento; en segundo, que el principio general que establece que el bien jurídico vida es indisponible tiene excepciones, y, por último, que el interés de la comunidad o del Estado que se invoca para fundar la postura negativa, no puede anular la voluntad de la persona. Para ello analizaré los distintos conceptos dogmáticos de bien jurídico; el consentimiento expreso y presunto como causa de atipicidad y como causa de justificación, respectivamente, y los requisitos de eficacia. Finalmente, desarrollaré mi hipótesis y rebatiré los argumentos en contrario.

I. Concepto de bien jurídico. Breve reseña histórica. Clasificaciones. Bienes jurídicos individuales y colectivos, estatales y supraestatales. Disponibles e indisponibles

La doctrina mayoritaria atribuye la creación del concepto de bien jurídico a Birnbaum (1832-1834).¹

¹ Los autores lo ubican en 1832 —Jescheck, Maurach, Zipf— o en 1834 —Stratenwerth, quien además le atribuye una clara óptica naturalista a esta definición—.

La concepción de la *Ilustración* y el racionalismo, con base en el contrato social, definía el delito como “un ataque a los derechos subjetivos”, consagrando así los derechos subjetivos.

Birnbaum lo integra con un bien material asegurado por el poder estatal. A partir de allí, se definió el delito como “la puesta en peligro o la lesión de un bien garantizado en forma igualitaria por el poder estatal, bien jurídico”.²

Sufrió modificaciones con Binding como “estado valorado por el legislador”, y fundó allí su teoría de las normas. Por su parte, von Liszt lo definió como “interés jurídicamente protegido” (base de un derecho penal protector) y el centro de la estructura del delito.

En la década de los años veinte fue reconocido como instrumento para la interpretación de las normas. Luego, la Escuela de Kiel criticó la concepción por materialista, y definió el delito como la violación de un deber, vaciándolo de contenido y eliminó el concepto de bien jurídico.

A partir de entonces se establece, según Maurach, la discusión que aún perdura, entre el injusto del resultado y el de la acción; lesión del bien jurídico y lesión del deber.

En los comienzos de la década de los setenta, el bien jurídico no sólo fue un elemento de la teoría del delito sino que además se convirtió en un instrumento de política criminal. En cuanto el derecho penal selecciona cuáles bienes jurídicos individuales y colectivos son de tal interés que ameritan su protección. Con fundamento en tal selección será que se le reconozca una protección integral o escalonada, ante los distintos supuestos de agresión.

Desde esta óptica, Jescheck sostiene que el concepto de bien jurídico “entra en un estrecho contacto con el concepto material del delito”.

Maurach³ sostiene que más allá de constituir “la base de la estructura e interpretación de los tipos penales”, el bien jurídico posee un “sentido social propio, previo a la norma penal y en sí mismo decidido”.

Así, lo define como “valor ideal del orden social jurídicamente protegido”. En cuanto categoría formal resulta “el género de todos los objetos in-

² Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general I*, 3a. ed., trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1978, p. 334.

³ Maurach y Zipf, *Derecho penal. Parte general*, t. 1: *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, trad. de la 7a. ed. alemana por Jorge Bofillgenzch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, 1994, pp. 350 y ss.

dividuales que incluye el fin de protección de la norma”.⁴ Para Maurach el bien jurídico, como concepto central del tipo penal, resulta un importante elemento de interpretación; ofrece un criterio de clasificación para la formación de grupos de tipos penales; distingue entre bienes jurídicos individuales y dentro de ellos los altamente personales y bienes jurídicos de la colectividad (universales). Esta distinción resulta de interés no sólo para el análisis de la legítima defensa, sino también para la disponibilidad del bien por su titular. Finalmente, recalca la diferencia entre bien jurídico protegido y objeto de la acción típica, ambos están relacionados, pero no coinciden conceptualmente.

Para Jescheck el bien jurídico consagra intereses sociales altamente protegidos, elegidos ya sea por gran parte de una sociedad o por la clase social dominante en un tiempo y lugar determinado.

Distingue bienes jurídicos individuales y de la colectividad. Entre los primeros: “...la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la esfera de privacidad, el derecho sobre la morada propia, así como el patrimonio en sus diversas manifestaciones...”. Al segundo grupo lo subdivide en “valores comunitarios supraestatales” y “los valores que concreta el Estado”.⁵

Claramente distingue el bien jurídico del objeto corporal que sufre la agresión, se trata pues “de un concepto general de referencia, cual es el interés jurídico reconocido en un bien determinado en cuanto tal, en su forma de expresión general...”.⁶ Siempre ha de ser analizado en relación con su titular, bajo riesgo de transformarse en una abstracción, susceptible como tal de ver vaciado su contenido o completado con “el deber al ordenamiento jurídico”. Además, resulta ser directriz imprescindible para la interpretación del tipo penal.

Stratenwerth⁷ entiende que para determinar el objeto del derecho penal debe recurrirse a la teoría del bien jurídico por un lado y, por el otro, a la investigación de las condiciones de la vida humana en una sociedad, y las posibilidades de asegurarlas a través de normas jurídico-penales más allá del bien jurídico.

⁴ *Ibidem*, p. 351.

⁵ Jescheck, *op. cit.*, nota 2, pp. 336 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 337.

⁷ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *El hecho punible*, trad. de la 2a. ed. alemana (1976) de Gladis Romero, Edersa, 1982, pp. 3 y ss.

Sostiene que el concepto de bien jurídico es insuficiente, crea inseguridad en cuanto a su naturaleza jurídica (materialidad o inmaterialidad) y la realidad exterior y el valor ideal. No discute que en definitiva de relaciones de referencia cambiantes, su contenido y límites surgen no sólo de la ley sino también de la realidad social en un lugar y tiempo determinado. Esta última variará por tanto en cada época y en cada sociedad. Se recurre así a los parámetros de “entendimiento normativo social” o “la experiencia valorativa social” (Hassemer) o a criterios universales de las condiciones de existencia de la socialización humana.

Zaffaroni,⁸ con base en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto consagra un estado ético (reconoce libertad moral de cada habitante), postula que el delito debe tener como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos: “elementos de que necesita disponer otro para realizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)...”. Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra una concepción personalista del sistema jurídico, éste sirve al hombre.

Coherentemente formula el principio de lesividad: “...ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo...”. Así, reconoce un papel protagónico del bien jurídico en el principio de lesividad que funciona como límite al poder punitivo del Estado. El bien jurídico afectado “es una expresión del principio de lesividad que requiere una entidad mínima de afectación”.

Advierte, sobre la equiparación entre bien jurídico lesionado y bien jurídico tutelado. Sólo es comprobable o verificable que la ley penal interviene en el conflicto que genera la lesión o peligro de un bien jurídico. Si se sostiene la equiparación de ambos conceptos se corre el riesgo de que el bien jurídico tutelado absorba al bien jurídico lesionado, perdiéndose su función de límite del poder punitivo y permite su vaciamiento de contenido y su sustitución “por garantizar la validez de las expectativas normativas” o “garantizar la voluntad del Estado”.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl et al., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, noviembre de 2000, pp. 120 y ss.

Critica, por tanto, las posturas que reducen la injerencia del bien jurídico lesionado y desembocan en sistemas jurídicos donde abundan las figuras de peligro abstracto, se reduce a su mínima expresión a la víctima y se la suplanta por los intereses difusos y delitos de peligro común. Se pierde toda objetividad y materialidad, y con ellos los límites al poder punitivo.

Roxin, sostiene que la lesión del bien jurídico es presupuesto de la punibilidad. Define a los bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.⁹

Destaca que los términos de “circunstancias dadas y finalidades” permiten incluir estados o valores previos al derecho (pero no a la Constitución del país o Estado de derecho) y los deberes que impone éste. Abarca de esta forma no sólo el concepto “metodológico” del bien jurídico (en cuanto *ratio legis* del tipo penal) sino también el concepto político-criminal.

Rechaza la consagración como bien jurídico de ciertas concepciones morales,¹⁰ y considera además insuficiente la postura que se limita al concepto metodológico. Tampoco es criterio delimitador entre delito y contravención, ya que no siempre esta última hace referencia “a misiones de orden y bienestar”.¹¹ Determinadas contravenciones sancionan conductas que lesionan bienes jurídicos individuales o colectivos.

Basado en que los bienes jurídicos consagran valores que hacen a la libertad del individuo “en un Estado liberal” o a la “capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios”, objeta la legitimidad de tipos penales que procuren protecciones meramente ideológicas o de valores morales o sanciones arbitrarias.

El concepto de bien jurídico, entiende que es mutable, variable, de acuerdo a cada sociedad y a cada época. La concepción normativa que

⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2a. ed. alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 1997, p. 56.

¹⁰ Véase *ibidem*, p. 52. El autor aborda el tema en el acápite: “La exclusión de las meras inmoralidades del derecho penal”. En materia de delitos sexuales menciona que hasta 1969 estaba tipificada en Alemania la homosexualidad entre adultos, la sodomía, la alcahuetería y la difusión de pornografía. Resalta que en modo alguno dichas conductas lesionaban o afectaban “ni derechos ni bienes en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos”. No existe en estos casos “una real causalidad lesiva”.

¹¹ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

desarrolla es modificada por las circunstancias de lugar y tiempo, “cambio social y a los progresos del conocimiento científico”.

En cuanto a la función o papel del concepto de bien jurídico, resalta que tanto el legislador como quien está llamado a su aplicación, deben recurrir a él en cada norma en concreto. Permite resaltar los problemas que plantea el límite al *ius puniendi* del Estado.¹²

Edgardo A. Donna distingue dos conceptos de bien jurídico: “el liberal” y “el metodológico-final”.

Al primero lo caracteriza como “...independiente del derecho positivo, que se encuentra dado previamente al legislador, que tiene como problema básico no poder dar un contenido material, pero tiene la ventaja de limitar el poder legislativo penal”.

El concepto “metodológico-final” se relaciona “...con aquellas conductas lesivas de un Estado social valioso para la comunidad, con lo cual el bien jurídico tiene relación con exigencias de política criminal...”.¹³

En un Estado de derecho los valores que han de ser consagrados por el legislador como bienes jurídicos deben ser extraídos de la carta magna, y en nuestro país, además, deben sumarse los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22). Por ello deberá garantizar, sostiene el autor, no sólo la división de poderes sino además asegurar “la libertad personal y política de los ciudadanos, sumado a la moderación y juridicidad de todo el poder público”.¹⁴

El legislador, de esta forma, deberá respetar la esfera de privacidad de cada ciudadano, que conlleva la tolerancia moral en algunos casos. Así, será un límite más al *ius puniendi* estatal, reservando al derecho penal como *ultima ratio*.

En la definición de bien jurídico sostiene que debe avanzarse más allá de la teoría de los estados, es necesario establecer “una relación entre el objeto protegido y su titular”. Con cita de Rudolph, el bien jurídico “es una unidad funcional valiosa para la sociedad, que se rige de acuerdo a la

¹² El autor citado analiza determinados delitos respecto de los cuales se discute la intervención del Estado: homicidio consentido, venta de drogas, la protección de la vida en formación, malos tratos a los animales, y casos de legislación simbólica (*ibidem*, p. 59).

¹³ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2: *Imputación delictiva*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 49 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

Constitución, que protege los derechos fundamentales del individuo, empezando por la libertad personal”.¹⁵

Coincide con Polaino Navarrete¹⁶ que distingue bienes de valores; ambas nociones tienen en común su relevancia para la realización del individuo y la convivencia en sociedad.

Por ello, dependerá de qué sociedad y en qué tiempo aquélla decida qué bienes y valores son fundamentales para ser protegidos por las normas penales.

Entonces, de acuerdo a la magnitud del bien jurídico que se elija, variará la protección que dará el derecho penal. La protección integral por esta rama sólo debe estar reservada para bienes fundamentales, bajo el riesgo de ocasionar una inflación de las normas penales.

Todos los autores citados coinciden en la importancia de la definición que se adopte del bien jurídico, por las consecuencias que ello implica, tanto para el estudio de la teoría del delito, como para su aplicación.

Así, es innegable que resulta, junto al principio de legalidad, un límite al poder punitivo del Estado. Al tutelar los bienes jurídicos, debe respetarse la esfera de intimidad y la dignidad de las personas. El derecho penal, por ello, deberá ser siempre la *ultima ratio*, y evitar consecuentemente la profusión de normas penales (en especial las figuras de peligro). Esto se concatena, a su vez, con el principio de proporcionalidad, como pauta mensurativa de la pena.

Estos bienes y valores seleccionados como bienes jurídicos por un Estado de derecho democrático, se encuentran preestablecidos en la Constitución del país y, en nuestro caso, también en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

¹⁵ *Ibidem*, p. 54. Con cita de “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en *Nuevo pensamiento penal*, 1975, p. 344. La teoría de los estados: define a los bienes jurídicos como estados de cosas en cuya conservación existe un interés individual.

¹⁶ *Idem*. Define a los bienes como “...todos aquellos objetos que, siendo de utilidad para satisfacer necesidades personales, asumen una importancia de tal índole en el ámbito de la convivencia humana que son estimados acreedores de la máxima garantía del ordenamiento jurídico...”. Los valores “son aquellos atributos anímicos espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en sociedad, que repercuten de una forma inmanente en la propia estructura de configuración del núcleo social, en cuyo círculo se provee el desenvolvimiento de las aspiraciones individuales en un orden jurídico abstracto de libertad, respeto y colaboración recíprocos...”.

El bien jurídico debe ser hallado en cada norma penal y limitar las conductas punibles en función de aquél. Deben atender a él tanto el legislador cuando sanciona una norma penal como el juez cuando debe aplicarla-interpretarla. Indudablemente, constituye una directriz para la política criminal.

Lo antedicho, permite rechazar un derecho penal que funda la punibilidad de conductas en la violación de deberes que imponen las mismas normas. Esto lleva al vaciamiento del tipo penal y por ende a un derecho penal no coherente con un Estado de derecho.¹⁷

En lo que a este trabajo respecta, entiendo que es un tema ineludible, especialmente en cuanto a la distinción entre bienes individuales y colectivos o universales, y su relación con las causas de justificación (específicamente, el estado de necesidad). Más aún, cuando pretendo demostrar que existen algunos bienes fundamentales para el hombre, pueden ser dispuestos por él en casos excepcionales.

II. Consentimiento. Concepto. Supuestos planteados (atipicidad y causa de justificación; acuerdo y consentimiento propiamente dicho o estricto)

Donna está por la autodeterminación propia de un Estado de derecho. Pero el límite a esta libertad está en las normas sociales.

Sostiene que la voluntad del sujeto, sea cual fuere la postura que se adopte, resulta relevante. Por eso debe ser informada, libre de error y de coacción y manifestada.

En sus palabras,

...el consentimiento sólo será eficaz en los casos en que el bien pertenezca al sujeto, que sea dado libremente, y que los bienes jurídicos sean indivi-

¹⁷ Un caso concreto de las consecuencias de un derecho penal que suplanta el concepto de bien jurídico por la violación del deber, está plasmado en el proceso nazi denominado *Euthanasieprogramm*, edificado sobre el esquema de Binding-Hoche, que implantó un régimen eutanásico fundado en la potestad “autoproclamada del III Reich, de suprimir vidas sin valor vital”, sin atender al consentimiento ni de la víctima ni de sus familiares. Otro ejemplo fue la ley promulgada en 1933 que imponía la esterilización de las personas que padecían enfermedades hereditarias. Para un mayor desarrollo véase Niño, Luis, *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Buenos Aires, Universidad, 2005, pp. 84 y 92.

duales... El único consentimiento que no es válido es el de la propia muerte, excepto en los casos de suicidio... Tampoco el consentimiento de daño al propio cuerpo es aceptable, pues la lesión en contra de las buenas costumbres está limitada por el interés de la comunidad...¹⁸

Por su parte, Jescheck distingue tres supuestos: los delitos que sólo pueden cometerse con la conformidad del sujeto pasivo; los que pueden cometerse sólo contra la aprobación del sujeto pasivo, y aquellos en los cuales el sujeto pasivo puede de hecho disponer del bien jurídico, pero “...la acción típica no se dirige únicamente contra su voluntad, sino que en ellos el objeto de acción previsto en el tipo experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad, con independencia de la voluntad del afectado...”.¹⁹

En el primer supuesto, la conformidad integra uno de los elementos del tipo; en el segundo, ante la conformidad del titular del bien jurídico, la conducta resulta inofensiva. A éste lo denomina “acuerdo”. Al último lo identifica como “consentimiento”, y funciona como causa de justificación. La libertad del legitimado “sólo se reconoce dentro de ciertos límites”.

En cuanto al tratamiento jurídico penal de los casos de acuerdo, advierte que no puede indicarse con carácter general; puesto que se trata de “supuestos de naturaleza puramente fáctica”, el análisis debe efectuarse de acuerdo a cada tipo penal y de acuerdo a “su sentido y finalidad”.

Respecto al consentimiento, reconoce que tradicionalmente se lo ha ubicado como causa de justificación. Menciona, sin embargo, como una doctrina minoritaria a aquella que lo ubica como un elemento del tipo.²⁰

Resalta que su ubicación en la teoría del delito no puede ser tomada sin importancia por las consecuencias que ello ocasiona respecto del error (de tipo o de prohibición), de la tentativa o consumación.

¹⁸ Donna, *Teoría del delito y de la pena, cit.*, nota 13, p. 176. En cuanto a la referencia al daño sobre el propio cuerpo el autor citado hace referencia a Hirsch.

¹⁹ Jescheck, *op. cit.*, nota 2, p. 511.

²⁰ *Ibidem*, p. 513. Esta posición se sustenta “...en que los preceptos penales que protegen bienes jurídicos disponibles el auténtico bien jurídico no lo constituye la integridad del objeto, sino el dominio autónomo del legitimado sobre el mismo...”. Esto conlleva una subjetivación del bien jurídico y la vigencia de la norma penal quedaría al arbitrio del titular del bien jurídico.

Jescheck analiza el consentimiento como *causa de justificación*, ya que la norma protege la integridad del bien que se ve afectado por el delito y no la autonomía de la voluntad de su titular. Esto involucra necesariamente, para determinados bienes jurídicos, la consagración como bienes vitales y la valoración de la comunidad. Tal “virtud” será reconocida a nivel constitucional (la vida, la integridad física, etcétera). Basado en la existencia de bienes vitales que no pueden ser dispuestos sin más por su titular, entiende que el consentimiento de éste no podrá por sí mismo provocar la atipicidad de la conducta. El consentimiento deberá reunir ciertos recaudos (capacidad de discernimiento, voluntad libre de error y de coacción). Y este análisis deberá efectuarse en la antijuridicidad.

Este encuadre, como causa de justificación, se basa en una consideración de política jurídica.²¹ En un Estado de derecho liberal, la libertad personal resulta un valor social, de interés para la comunidad (propugna la conservación de determinados bienes). Es por ello que, aun tratándose de bienes individuales personalísimos, la disposición de ellos por su titular debe estar sujeta a condiciones y a ciertos límites. Entiende que ni siquiera la propia vida puede ser dispuesta por su titular —salvo el suicidio—, ya que está fuera de la esfera de “la libertad de decisión personal”.

Tanto Maurach como Roxin citan como hito en la evolución doctrinal del consentimiento la tesis doctoral de Geerds que distingue entre un acuerdo eliminador del tipo y el consentimiento justificante.

El “acuerdo” abarca los delitos que requieren una acción contraria a la del sujeto pasivo, como elemento del tipo o como acción típica. Resulta de “naturaleza meramente fáctica” (por contraposición al consentimiento). Para ello, Geerds desarrolló reglas generales y diferentes de las que corresponderían al consentimiento justificante. Sin embargo, la aplicación de estas reglas comunes fue cuestionada.

La concepción dominante distingue entre acuerdo (en cuanto elimina la tipicidad) y consentimiento (como causa de justificación).

²¹ Jescheck (*op. cit.*, nota 2, pp. 515 y ss.) indica su reconocimiento ya en el derecho romano, en tanto se le concedía al consentimiento del titular la virtud de justificar una injuria o lesión cuando se trataba de sus derechos personalismos —*volenti non fit iniuria, nulla iniuria est quæ in volentem fiat*—. Descarta las teorías del negocio jurídico, la del abandono del interés por su titular, la que considera la desaparición del objeto de protección (por desprecio de su titular) y la que sostiene que se trata de una renuncia a la protección penal. A esta última la indica como mayoritaria en la jurisprudencia.

En la década de los setenta la tendencia fue considerar “el conjunto del consentimiento” como lesión típica de un bien jurídico. Menciona como seguidores de esta postura a Kaufmann, Welzel, Horn, Gössel y Zipf, entre otros.

Maurach funda su posición en que

...fue determinante el énfasis puesto en la división entre el ilícito de acción y el de resultado; con la renuncia efectiva de un bien jurídico, el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado, penalmente protegido a causa de una relación que lo une a su titular, sea extraído del campo de protección de la norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado. De este modo, el consentimiento pasa a ser un problema propio de la lesión del bien jurídico y no de la justificación de una lesión semejante, puesto que la exclusión de una posibilidad de lesión penalmente relevante no puede ser clasificada acertadamente desde el punto de vista de la justificación de una acción típica, sino solamente dentro de la exclusión de la tipicidad...²²

Establece reglas particulares que son aplicables tanto para el caso del consentimiento que provoca la atipicidad como para el consentimiento justificante.

Frente al debate sobre la ubicación en la teoría del delito, sostiene que su significado es teórico. Su postura permite “...una clara aprehensión del ilícito típico de resultado y, además, posibilita la existencia de estructuras adecuadas en la teoría de las causales de justificación, ya que el consentimiento no es considerado dentro de aquéllas...”²³ Permite una mayor separación entre el consentimiento expreso y presunto, ya que ese último sólo puede considerarse como causa de justificación.

Fundamenta su posición en “...el desarrollo de la teoría del consentimiento como renuncia de un bien jurídico en forma directa, a partir de la teoría del ilícito del resultado...”.

No le pasa inadvertida la vinculación del tema con la política jurídica, ya que la facultad que se le reconocerá al titular del bien jurídico de consentir la lesión del mismo encuentra su fuente en la autodeterminación o “garantía de la libertad general de acción” de rango constitucional (ar-

²² Maurach y Zipf, *op. cit.*, nota 3, pp. 286 y ss.

²³ *Ibidem*, p. 287.

título 2o., inciso 1, GG). Este reconocimiento presupone una ponderación constitucional de intereses previa.

En lo que atañe a la relación entre la autodeterminación personal y su obligación como integrante de la sociedad de proteger los bienes jurídicos, le otorga preeminencia a la primera.²⁴

Con relación a la distinción doctrinaria entre “acuerdo” y “consentimiento” (según que elimine la tipicidad o se aplique como causa de justificación), Maurach advierte que no debe tomarse al primero como “una institución jurídica autónoma con reglas propias, sino como una forma de la interpretación de los elementos del tipo”.²⁵

La distinción debe hacerse en cada delito, según que el consentimiento sea un elemento del tipo penal o si se refiere “a la acción en su conjunto”. Serán distintos también los requisitos que se exijan para el acuerdo.

El consentimiento con relación a la norma penal —integral— será relevante cuando se trate de un bien jurídico individual “susceptible de disposición privada”; será en un grupo de delitos limitados.

Para el caso que el tipo penal consagre bienes jurídicos individuales y colectivos simultáneamente, deberá analizarse cuál de los dos tiene preponderancia, para resolver sobre su disponibilidad. Si ambos tienen el mismo rango, podría concederse una exclusión parcial de la penalidad.²⁶

Dentro de los bienes jurídicos individuales, no son disponibles por su titular aquellos que denomina “irrenunciables”,²⁷ respecto de los cuales el consentimiento es irrelevante. El caso emblemático es el bien jurídico vida. Respecto de éste identifica tres supuestos conflictivos: “la puesta en peligro de la vida, el homicidio culposo y los tratamientos de medicina curativa”.

²⁴ En las palabras del autor: “...a la teoría del consentimiento le compete realizar en el campo jurídico-penal la delimitación entre la autodeterminación individual y la obligación social de cada individuo con respecto a la protección de bienes jurídicos... reconocer la preeminencia de la autodeterminación frente a lesiones de bienes jurídicos...” (*ibidem*, p. 288). Esta concepción se corresponde con un Estado de derecho liberal.

²⁵ *Ibidem*, p. 290.

²⁶ Cita como ejemplos los delitos de acusación falsa, las lesiones corporales causadas a un funcionario público y los delitos contra la seguridad en el tránsito público (*ibidem*, p. 291).

²⁷ Enuncia como delitos donde el consentimiento tiene relevancia jurídica: la libertad, el honor, la integridad corporal, la intimidad y el patrimonio en todas sus formas.

Elimina también de la teoría estricta del consentimiento aquellos delitos que exigen una actuación con consentimiento.

La última limitación al alcance del consentimiento la encuentra en la teoría puramente objetiva del tipo. Mientras que la jurisprudencia sostiene que la intervención quirúrgica es típica, y requiere una causa de justificación especial, la doctrina sostiene su atipicidad cuando es practicada según la *lex artis*.²⁸

Roxin, a partir de su concepción del bien jurídico (teoría liberal del bien jurídico: sirve para el libre desarrollo de la persona), entiende que el consentimiento eficaz elimina la tipicidad de la conducta. Esto es así ya que la disposición sobre el bien jurídico constituye la expresión del desarrollo de su titular; por tal motivo, no existe lesión alguna para éste.

Sin embargo, reconoce límites a la disponibilidad de los bien jurídicos, que en el caso de ser sobrepasados, el consentimiento no es eficaz.

Como crítica para aquellos que distinguen acuerdo y consentimiento propiamente dicho,²⁹ refiere que confunden el bien jurídico con el objeto material de la acción. Por su parte, rechaza esa distinción.³⁰

²⁸ Menciona distintos fundamentos doctrinales: "...Por una parte se niega la tipicidad como consecuencia de la adecuación social (véanse § 17, núms. 14 y ss.), por la otra se atiende a la finalidad curativa objetiva, que excluiría la existencia de un abuso y, por último, también se sostiene que la voluntad curativa del médico sería incompatible con el dolo de maltratar exigido por los delitos de lesiones corporales..." (véase Maurach y Zipf, *op. cit.*, nota 3, p. 294). Con relación al tratamiento médico, siempre que el análisis se efectúe desde la integridad corporal del paciente, corresponde al estrato del tipo penal y no de la antijuridicidad. Un caso particular resulta el trasplante de órganos para quien es donante, ya que desde este sujeto resultaría una acción típica, ya que para él no es un tratamiento curativo.

²⁹ Para una mayor ilustración, Roxin sistematiza las consecuencias prácticas de la distinción entre acuerdo y consentimiento estricto. Identifica así seis grupos diferenciados "...la contraposición entre la naturaleza más «fáctica» del acuerdo en comparación con el carácter «jurídico» del consentimiento (a continuación, a-d) —voluntad interna/voluntad reconocible; voluntad natural/goce de juicio y equilibrio mental para comprender; vicios de la voluntad; las buenas costumbres (artículo 226 del Código alemán)— y, por otro lado, de la diferente ubicación sistemática de ambas figuras (a continuación, e y f) —desconocimiento por parte del autor del consentimiento dado y la suposición errada de la existencia del consentimiento—..." (véase Roxin, *op. cit.*, nota 9, pp. 512 y ss.). Lo señalado entre guiones me pertenece, he querido siquiera mencionar los puntos clave sobre los cuales Roxin realiza su análisis.

³⁰ Véase *ibidem*, pp. 522-526. En el punto 5 de su argumentación analiza concretamente el supuesto que prevé el artículo 226.a del CA —en cuanto hace referencia a las

La atipicidad que genera el consentimiento eficaz la deriva de manera inmediata de la libertad de acción reconocida en la Constitución (artículo 2o., inciso 1, GG), y de manera mediata, del derecho consuetudinario y de la adecuación social de la acción apoyada en éste. Así, el ejercicio de esta libertad se plasma en la posibilidad del titular del bien jurídico individual de disponer de éste.

Congruentemente, cita a Rudolphi en cuanto define al bien jurídico protegido como integrado por la relación mutua del bien jurídico y la posibilidad de disposición sobre éste.

Advierte sobre la distinción que pueda efectuarse entre la voluntad real del titular del bien jurídico y su “bienestar real”, ya que fundar la tipicidad sobre éste arrojaría al ordenamiento jurídico “...una sublimidad de juicio que no corresponde” y ocasionaría “insuperables dificultades de delimitación”.³¹

Para rechazar el consentimiento estricto como causa de justificación alega que no existe una ponderación de bienes en conflicto ni la necesidad de la conducta llevada a cabo por el autor “...Todas las causas de justificación... descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad...”³²

El consentimiento no tiene eficacia para aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos de la comunidad, aunque el inmediato afectado sea una persona individual (por ejemplo los delitos de falso testimonio y falsa denuncia). Ante el supuesto de tipos penales que protejan simultáneamente bienes jurídicos individuales y de la comunidad, propone que

buenas costumbres como límite a la disponibilidad del bien jurídico en el delito de lesiones—, supuesto expreso que no existe en nuestro ordenamiento. Rechaza la aplicación analógica de los principios contenidos en la norma citada. Por su parte, Welzel promueve la aplicación analógica para “los demás casos de consentimiento justificante” (véase Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, marzo de 1997, p. 114.

³¹ Véase Roxin, *op. cit.*, nota 9, p. 521.

³² Roxin descarta la fundamentación que da Noll para analizar el consentimiento como causa de justificación, en cuanto sostiene que están en juicio la libertad individual frente “al interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos” (*idem*). Roxin sostiene que la intervención del ordenamiento jurídico al consagrar una causa de justificación se refiere a una situación concreta. En el caso de consentimiento, el legislador regula una intervención general, impide la disponibilidad del bien vida y restringe la disponibilidad de la integridad física en el caso de lesiones.

su solución debe hallarse en cada caso en particular. Tampoco exime de tipicidad, cuando la figura requiere o presupone una cooperación de la víctima, como forma de protección para ésta. Cita como ejemplo los delitos de abusos sexuales y usura.

En cuanto al bien jurídico vida humana, en modo alguno acepta que el consentimiento de la víctima en su propia muerte conlleve la atipicidad (artículo 216 del CA); sólo admite una posible atenuación de la pena, ya que el legislador presupone que quien consiente su propia muerte sufre “alteraciones psíquicas” y, por tanto, debe ser protegido aun contra sí mismo.

Roxin desarrolla con relación al delito de lesiones consideraciones particulares para distintos supuestos. Sólo admite las limitaciones de “las buenas costumbres” en casos en que “se desprende claramente su reprobación legislativa” en el ordenamiento jurídico y cuando lesione bienes jurídicos indisponibles para su portador. Sí es eficaz para las lesiones sado-masoquista.³³ Rechaza la aplicación analógica del artículo 226 del CA.

Zaffaroni desarrolla el tema del consentimiento en el Capítulo XIV referido al *Tipo doloso activo: función conglobante de su aspecto objetivo*. Marca su postura, como ya lo mencionara en el punto anterior, en la concepción del bien jurídico como relación de disponibilidad de su titular.

Así:

...El argumento por el que se impone la eficacia eximente de la aquiescencia es constitucional: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño o por peligro ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con que se relaciona.³⁴

Descarta la distinción tradicional entre consentimiento excluyente de tipicidad y otro justificante.³⁵

Se enrola en la postura “moderna” en cuanto proclama que el consentimiento siempre excluye la tipicidad. Sin embargo, identifica al género

³³ Rechaza las posturas de Horn y Schroeder. Para un mayor estudio del tema véase Roxin, *op. cit.*, nota 9, p. 531.

³⁴ Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, nota 8, pp. 475 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 476. Critica la concepción de Roxin y Jakobs en cuanto distinguen un consentimiento de riesgo y un consentimiento de lesión para los resultados de autopuesta en peligro. El autor citado sostiene que ambos conceptos son inescindibles.

como aquiescencia, y distingue el acuerdo que elimina la “tipicidad objetiva sistemática” y el consentimiento que elimina “la tipicidad objetiva conglobante”.³⁶

Con esta breve reseña, quedan establecidas las dos grandes corrientes doctrinarias con relación a la ubicación sistemática del consentimiento, ya sea en la tipicidad o en la antijuridicidad.

III. Requisitos y efectos del consentimiento

Jescheck establece que “...el consentimiento debe referirse siempre a un hacer u omitir futuros de otra persona determinada...”.³⁷ Se trata pues de “una figura peculiar del Derecho Penal, cuyos requisitos de eficacia deben determinarse según que la conformidad con la agresión al objeto de la acción protegido sea o no expresión de la libertad de decisión personal del titular del bien jurídico reconocida por el ordenamiento jurídico, pues sólo esto resulta decisivo para la justificación del hecho...”.³⁸

Requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, sin recurrir a los recaudos sobre la declaración de la voluntad del derecho civil.

El objeto del consentimiento abarca no sólo la acción, sino también el resultado típico previsible de ésta al momento del otorgamiento.

El que consiente debe tener capacidad “...natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar en lo esencial la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho...”.³⁹

La voluntad debe ser libre; el consentimiento será ineficaz si el error o el engaño afectan la “cantidad y cualidad del menoscabo del objeto de la acción”, o si la amenaza implica un mal grave.

³⁶ *Ibidem*, p. 477. Si el acuerdo elimina “...un elemento normativo de recorte es una causa de atipicidad objetiva sistemática, en tanto que en los restantes casos, el consentimiento excluye la tipicidad objetiva conglobante; el error sobre el primero es un error de tipo porque elimina el dolo, en tanto que el error sobre el segundo es un error de prohibición...”.

³⁷ Jescheck (*op. cit.*, nota 2) descarta la concepción del consentimiento como declaración de voluntad negocial —no requiere la capacidad negocial del lesionado—; como una conformidad subsiguiente, como acción jurídica (admitidas por el derecho civil).

³⁸ Véase *ibidem*, pp. 520 y ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 522.

Puede ser revocado en cualquier momento por quien lo otorgó sin necesidad de recurrir al derecho civil. No es relevante que el consentimiento mismo contravenga una prohibición legal o las buenas costumbres. Advierte que, en la práctica, la inmoralidad del hecho y del consentimiento son muy difíciles de ser separadas.

Por último, el autor deberá conocer previamente la existencia del consentimiento y actuar con base en él. Si no lo conociera, serán aplicables las reglas de la tentativa "...porque el injusto del resultado desaparece por el consentimiento realmente prestado, mientras que sigue existiendo el injusto de la acción...".

Donna exige que "...el afectado debe tener capacidad natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar la significación del abandono del bien jurídico protegido y la trascendencia del hecho. Debe estar libre, además, de los vicios de la voluntad, tales como el error, el engaño y la coacción. Quien actúa con el consentimiento del afectado debe conocer ese consentimiento y proceder en base a él..."⁴⁰

Es claro, entonces, que los requisitos no se agotan con las exigencias de la libre voluntad del afectado, sino que es necesario que el tercero conozca ésta.

Maurach requiere que para delimitar el objeto del consentimiento debe distinguirse la relevancia jurídica del consentimiento de su limitación fáctica.

Desde el punto de vista jurídico se refiere al bien jurídico protegido por el tipo penal. Si se trata de un bien disponible por su titular, recién entonces deberá analizarse cuáles son los requisitos de la renuncia para que sea relevante.

La relevancia del consentimiento está íntimamente ligada a un bien jurídico y, por ende, al resultado de una acción u omisión.⁴¹ Por regla general su delimitación fáctica se vincula con el objeto, lugar y tiempo de la

⁴⁰ Donna, *Teoría del delito y de la pena, cit.*, nota 13, pp. 176 y ss.

⁴¹ "...El punto de referencia jurídico del consentimiento es siempre un resultado; la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico disponible. La referencia a la acción surge solamente para la concreta delimitación fáctica de esta renuncia a un bien jurídico, conforme a la situación concreta. En este sentido, el otorgante del consentimiento puede restringir su renuncia al bien jurídico a determinadas acciones del destinatario del consentimiento..." Igual circunstancias pueden darse con relación al destinatario del consentimiento, en cuanto a su delimitación fáctica (véase Maurach y Zipf, *op. cit.*, nota 3, p. 296).

acción típica. Es identificada por el autor citado como “dimensión temporal espacial del consentimiento”.

Maurach sostiene que la significación de las buenas costumbres, como límite al consentimiento, debe interpretarse a partir de la Constitución.⁴²

En cuanto a los requisitos exigibles para la procedencia del consentimiento descarta, como la mayoría de la doctrina, los presupuestos del derecho civil.

El consentimiento eficaz exige que el otorgante “entienda suficientemente la esencia y el alcance de su renuncia”. Dependerá en cada caso del bien jurídico lesionado y de las características del ataque a éste.

En cuanto a la motivación del consentimiento, sostiene que lo relevante es la capacidad de comprensión del otorgante, para que aquél sea eficaz. Por tanto, el consentimiento eficaz es el otorgado libremente: sin engaño, sin coacción, por una persona capaz (se descarta en principio el otorgado por un inimputable); “serio y voluntario”.⁴³ Tampoco resulta relevante para el derecho penal el consentimiento otorgado con posterioridad al delito.

Finalmente, en cuanto al conocimiento del consentimiento otorgado, Maurach parte del análisis de que ante un consentimiento eficaz, desaparece el resultado disvalioso. Pero si el autor desconoce esta situación, encuadra su accionar en un caso de tentativa inidónea.

Ahora bien, si el autor cree que actúa amparado por el consentimiento del sujeto pasivo, debe distinguirse; si el error se refiere a los hechos, se trata de un supuesto de error de tipo, si el error se refiere a “concepciones jurídicas equivocadas”, es un caso de error de prohibición.

Roxin, en cuanto a los requisitos para la validez del consentimiento, sigue la teoría intermedia o mediadora: no requiere que el consentimiento

⁴² Menciona diferentes casos que plantea este conflicto entre buenas costumbres y consentimiento. En particular, resulta interesante la crítica que efectúa respecto de la castración consentida regulada legalmente en 1968.

⁴³ Maurach realiza un breve análisis sobre los requisitos del consentimiento para el tratamiento curativo, especialmente en cuanto al deber de informar del médico, y la práctica de transplante de órganos cuando se hallan involucrados incapaces. También desarrolla los supuestos de la representación del consentimiento y menciona algunos puntos conflictivos (véase Maurach y Zipf, *op. cit.*, nota 3, pp. 298 y 155 y ss.). En tanto desarrolla el consentimiento del ofendido en el capítulo de la “Tipicidad. Conducta contraria al deber de cuidado”.

sea expreso, basta con una acción concluyente. No es necesario que sea declarado frente al autor o que sea reconocible para éste: "...el consentimiento es en efecto sólo «expresión de la conformidad del parecer interno propio con el ajeno», pero, desde luego, «más que un mero admitir y que un mero dejar hacer»".⁴⁴ Descarta, así, las teorías del negocio jurídico o de la declaración de la voluntad, y la teoría de la dirección de la voluntad.

En cuanto al momento, debe ser prestado antes del hecho, y es revocable en cualquier momento de manera exteriorizable. Como sostiene la mayoría de la doctrina, el consentimiento posterior es irrelevante. Roxin advierte en estos casos sobre una violación al principio de oficialidad, en tanto que sería un particular quien dispondría de la pretensión punitiva estatal.⁴⁵

El consentimiento abarca la acción y el resultado, como integrante del tipo. En los delitos culposos deja planteado el conflicto que puede suscitar quien consiente acciones y riesgos, en tanto consiente simultáneamente un resultado.

El otorgante del consentimiento debe tener una concreta capacidad de entendimiento y de juicio, que debe ser analizada en cada caso concreto. Entiende suficiente como regla general, en casos de adultos, "...la capacidad de entendimiento y de juicio en tanto su imputabilidad en relación con el caso concreto no haya disminuido y con tal de que sean suficientemente informados sobre los fundamentos reales del consentimiento...". La exigencia de la jurisprudencia es mayor.⁴⁶

⁴⁴ Roxin, *op. cit.*, nota 9, p. 534, cita a RGSt 68, 307. El autor citado critica la diferencia que se pretende establecer entre el consentimiento para los casos de acuerdo y consentimiento estricto, en tanto sostiene que sus fundamentos son confusos. La aplicación de la teoría de la dirección de la voluntad para los casos de acuerdo —basta la aprobación interna, sin exteriorización— la identifica como la postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia.

⁴⁵ Llama la atención sobre el supuesto de que el consentimiento sea prestado cuando ha comenzado la ejecución del hecho pero antes de su consumación. Lo encuadra como un caso de tentativa, pero como es imposible la consumación del hecho "no es posible un desistimiento liberador de pena" (véase *ibidem*, pp. 535 y ss.).

⁴⁶ Cita un caso de la jurisprudencia alemana sobre una intervención odontológica, donde se descarta el consentimiento del paciente como válido por argumentos como "profana falta de comprensión", "ignorancia y un estado de ánimo que le impedía la ponderación racional de los argumentos médicos alegados".

El representante del incapaz puede prestar consentimiento por su pupilo, regido en principio por las reglas del derecho de familia. Sin embargo, no admite su validez lisa y llana para la disposición de derechos personalísimos, como, por ejemplo, la donación de órganos.

No cualquier engaño invalida el consentimiento: "...el consentimiento sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según los baremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción...".⁴⁷ Para los casos de error descarta la posición de la doctrina mayoritaria, toda vez que la manifestación que requiere el consentimiento involucra "una interpretación objetiva". Con relación a quien actúa sabiendo que quien consiente ha incurrido en un error, no generado por él, lo identifica como un supuesto de abuso de derecho.

Sobre las amenazas adopta una postura restringida. Sólo interfieren en el consentimiento aquellas que "afecten 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...".⁴⁸

Roxin sostiene que en los casos en que el consentimiento sea procedente, elimina la tipicidad, propugna que el error del autor, siempre encuadra en un error de tipo y siempre quedará excluido el dolo, y en algunos supuestos será penada la conducta imprudente. Si el autor desconoce la existencia del consentimiento del sujeto pasivo falta un elemento del tipo objetivo. Sin embargo, como subjetivamente actuó con dolo, su conducta encuadra en una tentativa imposible.

La postura de Zaffaroni con relación a los requisitos del consentimiento es más amplia que las desarrolladas hasta ahora.

No requiere que el autor conozca la existencia del consentimiento, basta "su mera existencia". Para la revocabilidad, siempre debe ser expresa. Sin embargo, admite casos en los que no es exigible que ésta sea conforme a derecho.

⁴⁷ Véase Roxin, *op. cit.*, nota 9, pp. 545 y ss. Desarrolla en las páginas siguientes diferentes supuestos de error y engaño, como así también su relación con el deber de informar.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 551 y ss. Rechaza la postura de Rudolphi en cuanto considera ineficaz el consentimiento cuando la amenaza es de tal intensidad que se identifica con el estado de necesidad disculpante —peligro de vida, la integridad física o la libertad— consagrado en el artículo 35 del CA.

La manifestación de la aquiescencia no está sujeta a formalidad alguna, “se trata de un acto individual del sujeto titular”. Debe ser otorgada antes del acto, pero admite su relevancia con el comienzo de ejecución, cuando la lesión ocasionada hasta entonces haya sido insignificante.

Sólo puede consentir el titular del bien jurídico individual; Si se tratara de un “bien jurídico plural”, sólo podrá disponer siempre que no interfiera en el ámbito del otro titular.

En cuanto a los vicios de voluntad, sigue la postura tradicional con dos aclaraciones expresas; el error o engaño debe estar referido siempre al bien jurídico en cuestión, y dicha regla no es absoluta, ya que advierte la posibilidad de que un tercero ajeno al hecho genere el engaño que induzca a error del titular (supuesto de autoría mediata). Descarta como límite al consentimiento la pauta de “las buenas costumbres”.

IV. Consentimiento presunto

Donna establece que existe consentimiento presunto en los supuestos en los cuales quien puede consentir no lo hace, porque no está en condiciones de hacerlo (estado de inconciencia) o por ausencia al momento del hecho. Esto es, el sujeto pasivo de la conducta típica no brinda su consentimiento eficaz, pero se presume que de haberlo podido hacer, lo hubiera hecho.

Al partir de la hipótesis de que existen casos en los cuales el consentimiento presunto no encuadra en el estado de necesidad, distingue dos situaciones diferentes: “el sujeto actúa a favor de los bienes jurídicos del afectado”. Califica este supuesto como un estado de necesidad justificante. En el otro, el sujeto actúa en su propio interés.

El consentimiento como tal elimina el tipo, mientras que el presunto actúa como causa de justificación, y sólo puede referirse a bienes disponibles.

Únicamente puede invocarse cuando sea imposible obtener el consentimiento expreso. Si esto ocurriera, quien actúa debe efectuar una valoración subjetiva y detenida.⁴⁹

⁴⁹ Véase Donna, *Teoría del delito y de la pena*, cit., nota 13, p. 178. Distingue que el juicio de valor objetivo sólo corresponde al estado de necesidad supralegal. En cuanto al análisis de la situación, debe ser de tal entidad que evite el error.

Jescheck sostiene que

...cuando el consentimiento, que según la situación hubiera podido ser emitido válidamente, no concurre, ni tampoco puede ser recabado a tiempo, porque el lesionado o su representante legal no resultan localizables o no se hallan conscientes, pese a que una valoración objetiva de todas las circunstancias efectuadas *ex ante* muestra que la prestación del consentimiento hubiera sido esperable con seguridad...⁵⁰

Distingue dos situaciones: cuando se trata de “colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del lesionado” que tiene que resolverse por la intervención de un tercero. Lo ubica próximo al estado de necesidad justificante, ya que entre ambos bienes deberá decidirse por uno de ellos. Sin embargo, en el consentimiento presunto los bienes en juego pertenecen a la misma persona, la elección la hace un tercero “no llamado” y “la voluntad presunta del titular del bien jurídico es siempre decisiva”.

El segundo grupo⁵¹ abarca los casos en que se cree que “el afectado decidiría el abandono de intereses propios a favor del autor o de un tercero”. Aquí se conjetura que el titular decidirá por su menor interés por el bien jurídico o por motivos especiales con relación al autor.

El consentimiento presunto debe atender a la combinación de tres parámetros: la ponderación de intereses en juego, que debe tener lugar desde la perspectiva del lesionado; una suposición objetiva sobre cuál hubiera sido la voluntad esperable, y el riesgo permitido.

Los dos primeros “manifiestan una relación recíproca”, ya que de la ponderación de los bienes en juego se deducirá si el consentimiento de su titular era esperable y a la vez de “...sus características subjetivas cabrá inferir que el mismo no hubiese aprobado ni siquiera una solución del conflicto de intereses conveniente a su verdadero provecho...”⁵²

Debe respetarse incluso lo que denomina “la voluntad irracional” del titular del bien jurídico, ya que no se trata de un caso de “tutela por auxiliador no solicitado sino de representación de otro en su libertad de decisión”.

⁵⁰ Véase Jescheck, *op. cit.*, nota 2, p. 525. Pone como ejemplos de la relevancia del consentimiento presunto, los casos de intervenciones médicas y corrección de niños ajenos.

⁵¹ La justificación en este caso es rechazada por Schmidhauser.

⁵² Jescheck, *op. cit.*, nota 2, pp. 526 y ss.

Para el caso que aun reuniera los recaudos del consentimiento presunto, y luego el titular del bien jurídico afectado manifestara su desaprobación, el hecho resultara justificado con base en el principio de riesgo permitido.⁵³

En cuanto a los requisitos del consentimiento presunto coinciden con los del consentimiento expreso, ya expuestos.

Roxin, en su tratado, desarrolla el consentimiento en la sección tercera referida a la tipicidad, mientras que el tratamiento del consentimiento presunto lo efectúa en el sección cuarta —antijuridicidad como “causa de justificación por riesgo permitido”—.

Caracteriza el consentimiento presunto como subsidiario, con relación al consentimiento expreso. Si este último no pudiera obtenerse, recién entonces ha de recurrirse a aquél.

Establece que “...quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos del otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo...”.⁵⁴

El choque entre la voluntad que supone el autor y la voluntad real “posiblemente opuesta” del titular del bien jurídico, es compensada por el ordenamiento jurídico que “...fija una ‘voluntad presunta’, que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico. Esta voluntad presunta se realiza con base en criterios objetivos y diferenciados”.

El consentimiento presunto, por tanto, es una construcción normativa basada en un juicio hipotético por oposición al consentimiento efectivo que significa la constatación de la voluntad real del titular del bien jurídico lesionado.

Claramente encuadra al consentimiento presunto como causa de justificación, independiente del consentimiento real y del estado de necesidad justificante.⁵⁵

⁵³ El riesgo permitido es analizado por Roxin en los capítulos correspondientes a las causas de justificación.

⁵⁴ Roxin, *op. cit.*, nota 9, pp. 765 y ss.

⁵⁵ Roxin (*idem*) establece que la diferencia con el estado de necesidad justificante se basa en que en el consentimiento presunto el juicio hipotético “no depende de una ponderación objetiva de bienes”, sino de tratar de desentrañar la voluntad real del titular del bien jurídico. Por ende, no serán aplicables baremos como “el verdadero bien del afecta-

Finalmente, los requisitos para su eficacia son similares al consentimiento efectivo.

Zaffaroni, de acuerdo a su terminología lo identifica como “acuerdo presunto”. Considera que sólo es admisible cuando no puede obtenerse el “acuerdo real o efectivo”, pero el titular del bien, de conocer las circunstancias del caso o de poder hacerlo, lo hubiera otorgado.

Marca una diferencia en cuanto a la presunción del derecho: “...el derecho presume *iuris tantum* el acuerdo en todos los casos en que el agente actúa en estado de necesidad en beneficio del titular del bien...”.⁵⁶ Opera así como estado de necesidad justificante.

El conflicto se plantea cuando el agente presume erróneamente la existencia del acuerdo del titular sin que se dé un estado de necesidad. Resuelve este supuesto por atipicidad generada por un error invencible sobre uno de los “elementos normativos de recorte del tipo objetivo sistemático”.⁵⁷

V. Conclusiones

Hasta ahora he tratado de dar un panorama básico de las diferentes posiciones doctrinarias sobre el consentimiento, su estrecha relación con el bien jurídico, y sus consecuencias.

A continuación, pretendo fundar mi posición al respecto. En primer término definiré el bien jurídico. Con base en éste trataré el consentimiento estricto, como causa de atipicidad, y el consentimiento presunto como causa de justificación. Para concluir en que no obstante que el bien jurídico vida como principio general es indisponible por su titular (postura indiscutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia), existen excepciones que no pueden ser desconocidas en un Estado de derecho democrático como el nuestro, sin violentar derechos esenciales y garantías constitucionales.

do”. Sin embargo, reconoce cierta similitud en tanto que en ambas figuras “la hipotética voluntad del sujeto en cuyos bienes se produce la injerencia coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses” (véase Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, nota 8, p. 766).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 480.

⁵⁷ *Idem*.

Lo dicho, necesariamente me lleva a referirme a cuestiones de la parte especial del derecho penal. Específicamente, este trabajo tiende a justificar, sin entrar a analizar en profundidad la cuestión (ya que sería avanzar más allá de los lineamientos dados) ciertos supuestos de eutanasia.⁵⁸

Entiendo que el concepto de bien jurídico no sólo comprende bienes y valores reconocidos en una sociedad y tiempo determinados que hacen al desarrollo de la persona, sino que además abarca la disponibilidad por su titular⁵⁹ cuando se trata de bienes jurídicos individuales.

Los valores y bienes que deben ser protegidos por el ordenamiento penal, entiendo, siguiendo a Rudolph, que deben buscarse en la carta magna, y en el caso de la Argentina, también en los tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). Asiste razón al autor mencionado, en cuanto este concepto de bien jurídico actuará como límite obligatorio para el legislador y como directriz para el intérprete y los tribunales.

Nuestra carta magna adopta la forma de Estado democrático, y como tal consagra entre otros derechos fundamentales y personales, el de la vida y la libertad. Por ello, el Estado debe no sólo proteger sino también ga-

⁵⁸ El término eutanasia reconoce su origen etimológico en el griego: “*eu*” (bueno) y “*thánatos*” (muerte). Esto es, buena muerte. Las distintas formas de eutanasia son tratadas seriamente por Luis Fernando Niño en su obra *Eutanasia...* (cit., nota 18). Distingue conceptualmente la eutanasia, con dos parámetros: “el autor y la actitud adoptada respecto del curso vital”. Dentro de este último, define la *eutanasia solutiva* como “...aquella consistente en el auxilio en el morir desprovisto de todo efecto de abreviación de la parábola vital...” (básicamente trata de reducir el sufrimiento y brindar contención psicológica). Es irrelevante jurídicamente. La *eutanasia resolutive*: es “...la caracterizada por incidir en la duración de dicho plazo, sea reduciéndolo, en interés del enfermo o anciano y con su consentimiento previo y autodeterminado o el de sus representantes legales...” A su vez, dentro de este caso, distingue entre la activa y pasiva u omisiva (la primera implica acciones tendientes a acortar o suprimir el curso vital; la segunda “consiste en inhibirse de actuar o abandonar el tratamiento ya iniciado, evitando interferir en un proceso causal de consecuencias letales...”). Por último, caracteriza la *directa* (la aplicación de una dosis mortal de medicación, por ejemplo morfina-escopolamina) e *indirecta* (el empleo de medicación analgésica, con efectos colaterales para el curso vital). Una mención más, la *distanacia* implica “...prolongar la vida vegetativa de un individuo, echando mano, para ello, de los medios extraordinarios de reanimación con que hoy cuenta la ciencia médica” (véanse pp. 82 y ss.).

⁵⁹ La disponibilidad sobre el bien jurídico debe ser utilizada como un criterio para establecer en qué nivel del análisis dogmático del delito debe o puede tener efecto eficaz el consentimiento o la renuncia del titular.

rantizar el ejercicio de cada uno de estos derechos, teniendo como fin último alcanzar la justicia material.⁶⁰

A grandes rasgos, tomando la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos o de la comunidad, la cuestión que he de desarrollar se referirá exclusivamente a los primeros. Ya que los segundos no tienen como titular o portador a una persona individual.⁶¹

Lo dicho implica, necesariamente, un límite al *ius puniendi* del Estado: debe respetar la esfera de privacidad de cada ciudadano y el libre ejercicio de sus derechos.

Los límites que se pretenden imponer a la disponibilidad de los bienes jurídicos personalísimos, jamás pueden ser referidos a la moral,⁶² a “las buenas costumbres” y menos aún a la religión.⁶³ La aplicación de estos parámetros dejaría abierta la puerta para que su contenido pudiera ser integrado arbitrariamente según la conveniencia de quien ejerza el poder.

Entonces, aquellos valores, bienes o interés serán consagrados como bienes jurídicos, en tanto hagan al desarrollo de la persona individual y de la comunidad en su conjunto. Por su importancia el Estado se interesa en su protección, entre otras formas, a través del derecho penal. Así, es indiscutible la relevancia de los derechos a la vida, a la libertad y autodeterminación de la persona en un Estado democrático.

Ahora bien, el concepto de bien jurídico, como acertadamente sostiene Rudolphi, no es un concepto estático, incluso en los casos de la vida, la integridad física, el honor, etcétera, “...su significación para el individuo en su realidad social no se agota en su mera existencia, sino que, por

⁶⁰ En esta cuestión he tomado como base los argumentos de Rudolphi, citados a su vez por Donna en la obra mencionada. Véase Rudolphi, Hans Joachim, “Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 4, núm. 7, 1975, pp. 329-347. Rudolphi recepta la postura de Scheuner en cuanto sostiene “...el Estado de derecho corporiza en sí la protección de la libertad personal y política de los ciudadanos y la moderación y juridicidad de todo el ejercicio del poder público...”.

⁶¹ En cuanto al supuesto de normas jurídicas que consagran bienes jurídicos que puedan reconocer simultáneamente titularidad en la comunidad y el sujeto particular, deberá analizarse en el caso concreto la preeminencia de cada uno de ellos, y hasta qué punto la persona podrá disponer el bien sin afectar a la comunidad (véase Roxin, *op. cit.*, nota 9).

⁶² Véase Rudolphi, *op. cit.*, nota 60, pp. 340 y 341, en lo que se refiere a la moral.

⁶³ Si bien es cierto, y no pretendo más que hacer una breve mención, que el Estado argentino sostiene el culto católico (más allá de las discusiones sobre el significado de “sostener”) también es cierto que consagra la libertad de cultos.

el contrario, abre para él en virtud de la potencia interna, una determinada posibilidad de acción...”. Deben concebirse teniendo en cuenta su función en la vida de la comunidad. En palabras de Rudolphi: “...se trata de unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados...”.⁶⁴

Simplemente una mención al encuadre constitucional de derecho a la vida. Germán Bidart Campos⁶⁵ lo ubica en la cúspide de todos los derechos y sostiene que se trata de un derecho implícito (artículo 33 de la Constitución Nacional) y reconocido explícitamente en los instrumentos internacionales de rango constitucional (Pacto de San José de Costa Rica, artículo 4.1). Responde indirectamente a Ekmedkjian que alega que el primer derecho es el derecho a la dignidad, “...como es verdad que la vida humana merece dignidad porque la dignidad es intrínseca a la persona, no hay inconveniente en empalmar una afirmación y la otra para desembocar en la afirmación de que la dignidad inherente a todo ser humano en cuanto es persona confiere base a todos los derechos...”.

Entonces, son bienes jurídicos personalísimos, entre otros, la vida, la libertad y la autodeterminación. Mientras que en general no se cuestiona la amplia disposición sobre los dos últimos, es conflictivo desde siempre este planteo respecto del primero.

Aquellos que rechazan lisa y llanamente cualquier posibilidad de disponibilidad del bien jurídico vida por su titular se basan en el interés de la comunidad, justifican la intromisión estatal en la protección, aun contra la expresa voluntad del titular, alegando el “mejor interés”⁶⁶ para éste.

Estos argumentos, en primer lugar, son susceptibles de ser utilizados arbitrariamente por quienes ejerzan el poder; en segundo lugar, contra-

⁶⁴ Rudolphi, *op. cit.*, nota 60, pp. 344 y ss.

⁶⁵ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1998, t. II, pp. 104 y ss. Desarrolla básicamente el derecho a la vida, desde la concepción, especialmente en lo vinculado al aborto y a la genética. En cuanto a lo que denomina “derecho a morir con dignidad”, lo reconoce como integrativo del derecho a la vida y lo define como “toda persona debe quedar exenta de tratamientos que —fuera de los normales para evitar el sufrimiento— prolongan artificialmente su vida o la someten a condiciones de alta complejidad...” (p. 106).

⁶⁶ Véase Roxin, *op. cit.*, nota 9, p. 521. En la cita efectuada al tratar el consentimiento expreso como causa de atipicidad, deja en claro los conflictos que causaría este baremo como delimitador del consentimiento expreso.

rían la normativa constitucional por desconocer el principio de autodeterminación que posee toda persona capaz, que subyace siempre en la disponibilidad de los bienes jurídicos por su titular; en tercer lugar, nada dicen sobre la dignidad, como bien jurídico. No puede ignorarse que los instrumentos internacionales rescatan y consagran este derecho.⁶⁷

El consentimiento

En cuanto a la ubicación que he de asignarle al consentimiento expreso en la teoría del delito, considero acertada la postura moderna que lo analiza en la tipicidad. Con relación al consentimiento presunto, por las características particulares que presenta, su estudio corresponde a la anti-juridicidad.

El consentimiento eficaz implica en todos los casos la atipicidad de la conducta, como bien sostiene Bacigalupo "...pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado su acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación...".⁶⁸ Ésta es la opinión mayoritaria de la doctrina moderna, cuando se trata de bienes jurídicos individuales.

En cuanto a los requisitos para que el consentimiento sea eficaz, es inquestionable que quien lo otorga —el titular del bien jurídico— debe ser capaz jurídicamente. Entiendo con ello que debe conocer la situación (circunstancias del hecho), y los efectos y resultados de su decisión. En cuanto a su voluntad, debe ser libre, es decir, no estar viciada por error, engaño ni coacción.

Con relación a los efectos de cada uno de estos supuestos negativos, entiendo que tornaran ineficaz el consentimiento otorgado cuando el error o el engaño se refieran a circunstancias esenciales del hecho ejecutado por el autor, o cuando afecten directamente el bien jurídico protegi-

⁶⁷ Véase el Preámbulo y artículo 1o. de la Declaración Internacional de Derechos Humanos; el primer párrafo del Preámbulo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Ambos instrumentos reconocen como lineamiento indiscutible la dignidad de toda persona, como inherente a su propia naturaleza.

⁶⁸ Véase Bacigalupo, Enrique, "Consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal españoles", *Derecho penal*, Rosario, Juris, núm. 1, septiembre de 1992, pp. 53 y ss.

do. La coacción (más allá de su autonomía como delito) debe tratarse de una amenaza de tal entidad que afecte directamente la libertad de decisión del titular del bien jurídico.

No he de analizar los distintos efectos de los supuestos de error, engaño o coacción, ya que excedería por mucho el objeto de este trabajo.

El consentimiento, y esto no es cuestionado, debe ser otorgado antes del comienzo de ejecución del hecho o concomitante con ésta. Comparto la postura de Zaffaroni cuando trata el supuesto del consentimiento otorgado en la etapa de ejecución. Debe tenerse en cuenta el grado de afectación o lesividad de la conducta. Ante una lesión insignificante, corresponde la validez del consentimiento y, en consecuencia, la atipicidad de la conducta.

Sin embargo, algunos sostienen que el bien jurídico ya fue lesionado y sólo podrá causar efectos sobre la culpabilidad. Argumentan que reconocer la atipicidad de esta conducta implica la abrogación por el particular del *ius puniendi* estatal. Entiendo que esto es consecuencia de desconocer en su posición el principio de lesividad que debe ser fundamento del derecho penal de un Estado democrático.

Por último, en lo que hace al autor del hecho, debe conocer que el titular del bien jurídico ha consentido su conducta.

En cuanto al *consentimiento presunto*, debe ser analizado como causa de justificación.⁶⁹

Sin mayores discusiones se conjetura que, con relación a un hecho y circunstancias determinadas, el titular del bien jurídico hubiese consentido la lesión del mismo. Se da en casos en que el titular no está en condiciones de consentir, ya sea por falta de capacidad o por ausencia al momento del hecho.

Y aquí se discute si se trata de una causa de justificación implícita, o general, o si se corresponde con el estado de necesidad.

En cuanto a su configuración como estado de necesidad, en el caso del consentimiento presunto, que se basa en juicio objetivo anterior por parte de quien actúa conforme a la voluntad hipotética del titular del bien, no se dan los presupuestos dogmáticos que exige el primero.

⁶⁹ Véanse, entre otros, Roxin, *op. cit.*, nota 9; Bacigalupo, *op. cit.*, nota anterior; Niño, *op. cit.*, nota 17.

Digo esto porque, como bien sostienen Bacigalupo⁷⁰ y Roxin, entre otros, en el consentimiento presunto el titular de los bienes en juego es la misma persona, “...el juicio de valoración o ponderación de los bienes en conflicto depende de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico. Se trata de «un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiese consentido en la acción»”,⁷¹ con la aclaración del supuesto que no resultara razonable.

Roxin caracteriza a este juicio de probabilidad como un juicio objetivo. Las pautas para este juicio deben ser establecidas por la ley conforme a “criterios objetivos y diferenciados”. En el supuesto que la voluntad presumida no coincidiera con la voluntad real del titular manifestada posteriormente,⁷² cumplidos estos parámetros objetivo-legales, la acción del autor estaría justificada.

Finalmente, en cuanto a los requisitos del consentimiento presunto, se corresponden con los del consentimiento expreso ya tratados.

Con este marco dogmático, es congruente la propuesta de Luis Niño en lo referente a nuestro ordenamiento jurídico. Propone una reforma legal⁷³ que contemple la creación de una causa de justificación especial pa-

⁷⁰ Bacigalupo, *op. cit.*, nota 68, pp. 63 y ss. En cuanto rechaza el encuadre del consentimiento presunto como un estado de necesidad sostiene que respecto del primero “...no estamos frente a situaciones de conflictos ineludibles en los que se salva el bien que el orden jurídico declara más valioso a costa del menos importante. Por el contrario, en estos casos, el autor asume el riesgo de resolver el conflicto de los intereses del afectado según la hipotética voluntad de éste y ello requiere reglas específicas...”. Reconoce la problemática especial que representa, sobre todo en la actividad médica, la colisión del derecho a la vida con la integridad física. Pero para ellos tampoco admite la aplicación del estado de necesidad, ya que el juicio de valor, más allá de la jerarquía legal, depende del interés de su titular.

⁷¹ Roxin, *op. cit.*, nota 9, pp. 766 y ss.

⁷² El autor citado sostiene la autonomía dogmática del consentimiento presunto con relación al consentimiento y al estado de necesidad justificante. Para ello lo caracteriza como una “construcción normativa”.

⁷³ Existen dos proyectos de ley referidos al tema. El diputado nacional Eduardo García propone la creación del “registro de voluntad vital anticipada” para plasmar la voluntad de quien no quiera ser sometido a cierto tipo de tratamiento (la Comisión de Salud Pública de la cámara baja lo tiene a estudio). El diputado provincial Luis Bruni para evitar tratamientos que prolongan el padecimiento del paciente (véase *La Nación*, “Información general”, del 29 de marzo de 2005, nota de Angeles Castro e Irina Jorolinsky).

ra determinados casos de eutanasia⁷⁴ que opere como tal o que actúe sobre la tipicidad.

Tanto para los casos de consentimiento expreso como presunto deberán tomarse como directrices pautas objetivas —diagnósticos y pronósticos médicos— no sólo sobre la salud física, sino también sobre la capacidad psíquica del titular del bien jurídico. En el caso de que el paciente decidiera interrumpir su tratamiento médico, su consentimiento debe ser informado. Para los casos de consentimiento presunto, para construir el juicio hipotético, deberá tomarse en consideración las manifestaciones de los representantes legales o tutores, de la familia y del entorno íntimo.

Si bien es cierto que el tratamiento de la parte especial de derecho penal quedaba fuera de las pautas de este trabajo, quiero efectuar algunas aclaraciones para justificar el avance.

El tema elegido me obliga dentro de ciertos límites a tratar delitos en particular, ya que hace a la argumentación y demostración de mi hipótesis.

Rotundamente descarto que el consentimiento, en cualquiera de sus formas, excluya la punibilidad de la denominada “muerte a ruego o por piedad”. Por las características particulares que reúne este supuesto, la conducta resultaría típica, antijurídica y culpable (artículos 79 y 80 del Código Penal). Sin embargo, no resultaría objetable, como lo hizo alguna jurisprudencia, una atenuación de la pena aplicable.

Para garantizar el real goce y uso de los derechos de la vida, autodeterminación, libertad, dignidad, en juego en el caso expuesto, debe regularse con la mayor prudencia y seriedad. Se evitarán así abusos en casos dudosos, por quien aduce una voluntad hipotética, o quien influye de manera ilícita en la voluntad expresa del titular de los bienes jurídicos en conflicto. No encuentro contraria a nuestro sistema legal, por los argumentos que ya he esgrimido, la posibilidad de regular los denominados “testamentos vitales o “decisiones de vida” (*living will*) propias del derecho estadounidense.⁷⁵

⁷⁴ Abarca los casos de adistanasia, eutanasia pasiva y eutanasia activa indirecta. Excluye los supuestos de la eutanasia resolutive activa directa (véase Niño, *op. cit.*, nota 17, pp. 247 y ss.). En cuanto a la definición más cercana del término muerte (encefálica o cerebral), en nuestra legislación se encuentra plasmada en el artículo 23 de la Ley 24.193, que enuncia tres requisitos básicos para establecerla.

⁷⁵ Estas formas han sido reconocidas por el gobierno federal de los Estados Unidos desde enero de 1992. Permitiría que el titular del bien jurídico, sin discusión posible —en

Una referencia más; nuestra jurisprudencia ha tratado esta cuestión en un fallo muy reciente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (caso “S. M. d. C.”, del 9 de febrero de 2005). Si bien es cierto que allí no se investigó la comisión de ninguna conducta ilícita, algunos argumentos, básicamente el voto de la doctora Hilda Kogan, acuerdan con la postura que he tratado de sostener. También permite ver, en el voto del doctor Hitters,⁷⁶ el rechazo del consentimiento presunto.

Así, finalmente entiendo que he podido fundar mi hipótesis: el contenido material de los bienes jurídicos debe extraerse de la carta magna y los instrumentos internacionales de igual jerarquía. Su concepto es dinámico —de acuerdo al tiempo y lugar de una sociedad determinada—. El reconocimiento de los bienes jurídicos individuales debe comprender la disponibilidad de su titular, en tanto no afecta a la sociedad. La intromisión del Estado, significaría un desconocimiento de la autodeterminación y la libertad de la persona.

Aceptada la premisa de que el bien jurídico vida por regla general es indisponible. He pretendido probar que en determinados casos —por excepción al principio— debe reconocerse la posibilidad de disponer del bien jurídico vida por su titular.⁷⁷ Responde, en los casos señalados y en

principio— sobre su capacidad jurídica, dispusiera expresamente su voluntad sobre las condiciones de su muerte. Quedaría plasmado —con todas las formalidades de un instrumento público— el consentimiento expreso de la persona.

⁷⁶ En su voto analiza el sistema legal de Estados Unidos, en cuanto prevé las figuras de: *living will* (testar la vida), y los criterios de “decisión por otro”: el mejor interés (*best interest standard*) y el criterio sustitutivo (*substituted judgement*) que impone al representante decidir como lo hubiera hecho la persona tutelada de haberlo podido. Este último es un claro supuesto del consentimiento presunto. Rechaza su aplicación, ya que por tratarse de una decisión tan extrema, que en el caso es tomada por un tercero, debe estar “reconocida por nuestro ordenamiento de un modo inequívoco respecto de su existencia y alcance”.

⁷⁷ En lo que respecta a doctrina y legislación extranjera, véase Donna *et al.* (colab.), “Comentario al proyecto alternativo de ley de ayuda a morir de la República Federal Alemana”, *Doctrina Penal*, año 13, núm. 49-52, Buenos Aires, 1990, pp. 493-502; López Barja de Quiroga, Jacobo, “El consentimiento en el derecho penal”, *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, núm. 7, Madrid, 1999. Específicamente trata la eficacia del consentimiento con relación a la eutanasia (pp. 50 y ss.); Díaz-Aranda, Enrique, “Eutanasia (propuesta de solución jurídica en México)”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 2003-1: *Delitos contra las personas - I*, Santa Fe, pp. 299 y ss. En el desarrollo expone una calificación sobre los distintos supuestos de eutanasia. En nuestro país, además, desarrolla este tema Righi, Esteban, *Antijuridicidad y justificación*, Buenos Aires, Lumiere, 2002, pp. 70 y ss. Entre los más acérr-

las condiciones exigidas, al ejercicio de su libertad, su autodeterminación y la dignidad.⁷⁸

Es eficaz tanto el consentimiento expreso —atipicidad— como el consentimiento presunto. Verificándose, en cada caso o hecho particular, la capacidad del que consiente⁷⁹ y la de la voluntad presunta, cuando el titular no pueda hacerlo.⁸⁰

El consentimiento presunto operará como una causa de justificación, distinta del estado de necesidad justificante.

El derecho a la vida es inalienable, como así también lo son la libertad, la autodeterminación y la dignidad. Un Estado democrático debe reconocerlos y garantizarlos.⁸¹ Esto implica, necesariamente, que cuando el titu-

mos opositores cabe mencionar a Luis Jiménez de Asúa, que tanto en *Tratado de derecho penal*, t. IV: *El delito —segunda parte de las causas de justificación—*, Buenos Aires, Losada, 1952 (pp. 605 y ss., y 646 y ss.) como en *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 7a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, rechaza la eutanasia en cualquiera de sus formas.

⁷⁸ En cuanto al suicidio, su penalización a través de la historia ha sido dejada de lado en la mayoría de los Estados de derecho. Nuestro Código Penal castiga la instigación y ayuda al suicidio.

⁷⁹ Se argumenta en contrario la alteración psicológica del enfermo terminal: Toda persona enfrentada a una situación límite sufre alteraciones psicológicas. Más aún, quien ve próxima su muerte, aunque la libere de una agonía. Sin embargo, dichas alteraciones, por sí mismas, no resultan argumento suficiente para tornar inválido el consentimiento que otorgue. Es preciso, por ello, que en cada caso en particular se analice si dichas alteraciones, psicológica y psiquiátricamente, anulan o vician su capacidad.

⁸⁰ Véase, al respecto, la cita que efectúa Niño, Luis Fernando, *op. cit.*, nota 17, p. 204: “...tratándose de un adulto Kaufmann reputa factible suplir el acuerdo formal acudiendo a su consentimiento presunto, con base en el principio de autodeterminación. Por cierto, acceder a esa presunción dependerá normalmente de los testimonios de familiares y representantes legales o judiciales, y es juicioso reconocer al médico actuante «un margen de apreciación» sobre el particular...”. En similar sentido se expresa la doctora Kogan en su voto, en el fallo citado al tratar la cuestión. Sin embargo, resuelve en contra de la petición del esposo de la paciente (retiro de la sonda de alimentación), ya que los padres de ésta se opusieron expresamente.

⁸¹ Néstor Pedro Sagüés, en una nota de opinión publicada en el diario *La Nación* del 23 de marzo de 2005 —Notas de opinión—, dijo a propósito del caso “Terri Schiavo”: “...En el caso «Nancy Cruzan», por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó entrever, indirectamente, que si el paciente manifestaba su conformidad para interrumpir la continuación de tratamientos artificiales prolongados de sostén de funciones vitales, ello resultaba factible. El problema es cuando ese consentimiento no se prueba claramente (el esposo de Terri Schiavo alega que hubo verbalmente tal acuerdo), el paciente no

lar de tales derechos decide de manera capaz y consciente disponer de ellos, no puede ser ignorado alegando ni “su mejor interés”, ni “el interés de la comunidad”, ni “las buenas costumbres”, ni aspectos morales o religiosos.

La prolongación de la vida por medios desproporcionados o irrazonables que constituyan un tratamiento médico cruento, cuando el cuadro clínico resulta irreversible, lesiona la dignidad de la persona, y en caso de consentimiento expreso o de corresponder consentimiento presunto, atenta contra la autodeterminación y la libertad de quien lo sufre.

está en condiciones actuales de definir su voluntad, y este impedimento es constante o perpetuo. Ante una situación límite de este tipo, algunos autores han entendido en la Argentina que, previa junta médica y con intervención del defensor de incapaces, el representante legal del enfermo podría estar judicialmente autorizado para interrumpir el tratamiento de tipo extraordinario. Desde el ángulo constitucional, esa tesis resulta aceptable. El encamizamiento terapéutico no es compatible con el derecho constitucional a la vida digna.

El tema puede tener respuestas diversas desde el ángulo del derecho penal, pero éste tiene que subordinarse a la Constitución...”.