

El consentimiento en materia penal*

Jaime Ríos Arenaldi
Alumno Magíster Derecho Penal de la Universidad de Talca
jrrios44@hotmail.com.

Resumen

El *consentimiento del interesado o titular del bien jurídico* posibilita que el agente esté exento de responsabilidad penal. El consentimiento se denomina *acuerdo* si la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del *interesado* y el libre ejercicio de la misma. Requisitos del *consentimiento y acuerdo* son *titularidad, capacidad, libertad y conciencia, y exteriorización*. El consentimiento es *causal de justificación* y el acuerdo una *situación de atipicidad*. El consentimiento debe extenderse al bien jurídico individual *vida* y porque ésta es *disponible* ya que un derecho a ella y que sólo impone un deber de vivir es negación de la libertad como valor superior y de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. De *lege ferenda* debe establecerse cláusula general que reconozca el *consentimiento del interesado* como elemento que elimina la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, no castigarse la muerte a ruego y la eutanasia y eliminarse el auxilio al suicidio.

Palabras clave

Consentimiento, materia penal, protección, vida

Abstract

Consent (of a concerned party) allows the execution of sanctionable conduct with the possibility of avoiding criminal responsibility. Consent is called a *contract* if the behavior is directed against or sets aside the will of the *interested party* and his or her freedom to exercise it. In order for this to occur, the following criteria are required: *a consenting party, capacity, freedom, awareness, and manifestation*. Consent would be the *cause of justification* and the contract would be of an *irregular nature*. Consent should extend to the individual legal asset (good) "*life*", since the right to life imposes a contractual obligation to live, denying, freewill, dignity and freedom of personal growth as superior values. De *lege ferenda* should establish a general clause that recognizes *consent (of a concerned party)* as an element that eliminates prohibition of conduct and consequently, not punish mercy killings and euthanasia and not eliminate suicidal aid.

Key words

Consent, criminal matters. protection, life.

* Recibido el 9 de mayo y aprobado el 30 de junio de 2006.

Introducción

Hasta en el más lejano lugar de nuestro planeta, y salvas las situaciones de excepción que pudiere contemplar cada legislación local (v. gr., causales de inculpabilidad: enajenación mental, trastorno mental transitorio [art. 10 N° 1 Cp], menor edad [art. 10 N° 2 Cp]), ha de ocurrir que la comisión de un delito haga al autor (y en su caso al cómplice y/o encubridor) penalmente responsable pues el mentado suceso, que en la vida real se presenta como un acontecimiento particular perfectamente identificable (p. ej., homicidio, estafa, robo, etc.), por su naturaleza, necesariamente afecta a un bien jurídico determinado o “*derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos*”¹ y el que siempre tiene un titular quien, por la misma afeción, adquiere el carácter de sujeto pasivo², ofendido por el delito, víctima³.

El bien jurídico, al ser altamente significativo (p. ej., la vida, la salud, etc.), es el fundamento de la imputación penal, es el objeto de tutela, nunca puede faltar⁴ y por ello, y de acuerdo a la observación del derecho positivo, la pena, aún conceptualizada como castigo y con carácter retributivo, tiene función de prevención, de defensa de bienes jurídicos⁵; “*el derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos*”⁶⁻⁷.

Para imponer sanción por una conducta punible (también acción típica, acto punible, hecho típico) -acción u omisión- que afecta a un bien jurídico concreto debiera, antes, averiguarse si era posible que *el titular del derecho o interesado*⁸ hubiera podido consentir en la

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 324.

² Véase Nota n° 8.

³ Desde un punto de vista procesal penal, y acorde con lo establecido por el art. 108 del Cpp (2000), “... se considera víctima al ofendido por el delito.”, es decir, víctima es el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico afectado por el suceso luctuoso como el sujeto pasivo de la acción o quien sufre o padece tal suceso y aunque no sea titular de aquel bien y, por tanto, para todos los efectos del Cpp (2000), son sinónimos los conceptos de ofendido por el delito y víctima.

⁴ Confróntese POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 190.

⁵ Confróntese MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2ª edición. B de F, 2004, p. 79.

⁶ MIR P., *Introducción*, p. 107.

⁷ El bien jurídico sirve de garantía pues impide que existan tipos penales sin bienes jurídicos afectados y cumple función de explicación del sistema dando sentido a la prohibición manifestada en el tipo y limitándola (confróntese ZAFFARONI, *Manual*, p. 327).

⁸ Como indica QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal: Parte General*. 1ª edición. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, p. 442, “La teoría del delito se apoya, ..., en la infracción de una ley ..., ley que ... quiere proteger a la víctima, y víctima, ..., solamente lo es quien ostente ‘injustamente’ esa condición. Cuando decimos, en relación con algunos delitos, que el consentimiento pleno de la víctima anula el injusto ..., ... estamos empleando impropia la palabra ‘víctima’. 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 atipicidad. Por eso ya ANTÓN ONECA siguiendo a CARNELUTTI, denunciaba la impropiedad de hablar siempre de consentimiento de la víctima o del ofendido, prefiriendo usar la expresión ‘del titular del derecho o del interesado’”; en sentido similar ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición (revisada y actualizada). Editora Nacional Gabriela Mistral (Chile), 1976, t. Primero, p. 168, para quien “no es del todo exacto hablar del consentimiento del ofendido o del sujeto pasivo

realización de aquel proceder y, en la afirmativa, el alcance que ello tiene sobre la responsabilidad penal, o sea, si se está frente a una situación de irresponsabilidad o, por el contrario, de plena responsabilidad o, por último, de responsabilidad penal atenuada.

No existiendo en la legislación nacional una disposición que lo contemple, algún efecto del consentimiento del interesado “sólo podría colegirse del conjunto de disposiciones del Código Penal y de otras normas de nuestro ordenamiento que explícita o implícitamente lo tienen considerado”⁹⁻¹⁰.

A su vez, y atendido que sí tal consentimiento se recoge en legislaciones extranjeras, v. gr. códigos penales de España¹¹ y Alemania^{12,13}, Italia¹⁴, Portugal¹⁵, México¹⁶, Colombia¹⁷,

sino que de consentimiento del interesado ya que la calidad jurídica en que se consiente es la de titular del interés ya que siendo el acto ilícito no hay ofensa ni víctima”.

Otra opinión NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I, p. 389 (Nota n° 6), y el cual señala que resulta preferible hablar de sujeto pasivo y no de “víctima” u “ofendido” en consideración a que en las ocasiones en que el consentimiento excluye la antijuridicidad no puede hablarse de víctima u ofendido propiamente tal; de forma parecida REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Antijuridicidad*, 1ª reimpresión de la 4ª edición. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1997, pp. 254-255, y para el cual “consentimiento del sujeto pasivo es más preciso pues las expresiones “ofendido” y “víctima” no son de contenido estrictamente jurídico penal; ofendido apunta más bien hacia quien ha sufrido la ofensa, daño o agravio y a cualquier otro allegado a él, y víctima es una palabra más apropiada en el ámbito de la criminología, de la cual constituye hoy importante capítulo con el nombre de victimología”.

⁹ Confróntese POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte General)*, p. 240.

¹⁰ El Anteproyecto de Nuevo Código Penal (ANCP) atiende sí al consentimiento del interesado pero con ocasión de la muerte causada a petición o a ruego, y estableciendo en su art. 83 que “El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo”; o sea, desde ya y a futuro, al consentimiento del titular del derecho, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, se le confiere al menos una consecuencia atenuante, y, como se comprueba con la mayor sanción dispuesta para el homicidio o muerte realizado sin mediar al fin la ausencia del afectado. El art. 83 del ANCP prescribe que la muerte por motivo piadoso y causada a solicitud expresa e inequívoca del afectado se conmina con reclusión menor en su grado máximo y lo que contrasta con las penas establecidas para el homicidio “simple”: reclusión mayor en su grado medio (art. 80 ANCP) y el calificado: reclusión mayor en su grado medio (art. 81 ANCP).

¹¹ Cp España: art. 155: “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.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.”;

Art. 156: “..., el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones, y cirugías 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 sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, ..., a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.”.

¹² Cp Alemania: § 228: “Quien efectúe una lesión personal con el consentimiento del lesionado, entonces sólo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres.”

¹³ La mención es a la República Federal Alemana la que, una vez producida la reunificación con Alemania del Este en 1990, conserva su nombre, y, sin perjuicio que, y según JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de*

Costa Rica¹⁸, Uruguay¹⁹, toda mención y, sobre todo, consecuencia que pudiere atribuírsele al consentimiento del interesado es básicamente postulado de *lege ferenda* y de *lege lata* de

Derecho Penal: Parte General. 4ª edición (traducción del Dr. José Luis MANZANARES SAMANIEGO). Granada: Comares, 1993, p. 346, “El Derecho de la RDA prevé el consentimiento, cuyos requisitos se recogen de modo similar a como lo están en el Derecho penal de la República Federal. El consentimiento no puede, para ser eficaz, “oponerse a la legalidad socialista y a la conciencia jurídica de los trabajadores.”

¹⁴ Cp Italia: art. 50 -bajo el título Consenso dell’avente diritto-: “Non e’ punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che puo’ validamente disporne” (“No es punible quien ofende o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que podía disponer válidamente del mismo”).

¹⁵ Cp Portugal: art. 31º, N° 2 letra d) -bajo título Exclusão da ilicitude-: “Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: ...Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.”

Art. 38º -bajo título Consentimento-: 1 – 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.

2 – O consentimento pode ser expreso por qualquer meio que traduzca uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse jurídicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3 – O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 – Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”.

Art. 39º -bajo título Consentimento presumido-: “1 – Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido.

2 – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse jurídicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”

¹⁶ Cp Federal de México (para el distrito y territorio federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal): art. 15 III -inserto en capítulo V y bajo título Concurso de Delitos-: “El delito se excluye cuando: ... Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiere otorgado el mismo”.

Cp para el Distrito Federal (México): art. 29 III -inserto en el capítulo V, sobre causas de exclusión del delito-: “El delito se excluye cuando:Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento”.

¹⁷ Cp Colombia: art. 32 -bajo título Ausencia de responsabilidad-: “No habrá lugar a la responsabilidad penal cuando: ... Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”.

¹⁸ Cp Costa Rica: art. 26 -sección IV, sobre causas de justificación, y bajo el título Consentimiento del derechohabiente-: “No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.” (La norma que precede, además, se conserva, en términos similares, en el proyecto de Código Penal de Costa Rica de 1998 y en el cual, en el capítulo III, sobre causas de justificación, bajo el título Consentimiento del derechohabiente, se establece, en su art. 27, que: “No es antijurídica la conducta de quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo”).

doctrina, y jurisprudencia -en lo que corresponde-, proveniente de los países aludidos, muy especialmente dogmática y sentencias españolas y alemanas.

1. El consentimiento y su objeto

Donde sea que se manifieste, el consentimiento es una clara voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia, mas en lo jurídico su expresión se tiñe ineludiblemente de efectos que, de cualquier modo, aparecen como vinculantes u obligatorios y no siendo fáciles de obviar o eludir, como acontece, por ejemplo, en el área de aplicación de la normativa civil²⁰.

Aunque en la cotidianidad de la interacción social normalmente el *hecho consentido* que *a priori* asoma como delito es rechazado, reclamándose castigo si se ha producido un resultado nocivo o pernicioso (v. gr., muerte, lesiones graves), y, por la inversa, de ordinario no cae bajo repulsa generalizada si origina solamente un resultado bastante menor (v. gr., deshonra, descrédito o menosprecio, maltrato leve, etc.), negación y aceptación que no necesariamente se trasladan a la legalidad punitiva, no puede ignorarse que el derecho penal, y desde antiguo, sí reconoce al consentimiento del titular del derecho o interesado como elemento de afectación del delito y, así, y ya en la época del derecho romano -y como lo hace Ulpiano-, se afirma que “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, o sea, “*no existe injuria para el que ha consentido*”²¹⁻²² y “*debiéndose entender por “iniura” tanto la que lo es en sentido estricto como cualquier lesión de los derechos de la personalidad, incluidas la libertad y la vida*”²³.

El paso del tiempo no trae consigo el abandono de la consideración que una acción típica consentida por el interesado influye en la existencia o no de un delito pudiendo incluso, eventualmente, excluir la responsabilidad penal del agente, y el problema se centra en torno a determinar los requisitos que la aceptación debe reunir, si cabe hacer diferencia en atención al actuar mismo permitido de que se trata, y el o los elementos de la estructura del ilícito que por la anuencia se ven alcanzados, es decir, el asunto a resolver es qué resultados reales el beneplácito genera.

¹⁹ Cp Uruguay: art 44 (lesión consensual): “No es punible la lesión causada con el consentimiento del paciente, salvo que ella tuviera por objeto sustraerlo al cumplimiento de una ley, o inferir un daño a otros.”

²⁰ Art. 1445 CC: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ... que consienta en dicho acto o declaración de voluntad ...” ; art. 1545 CC: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo ...”.

²¹ ULPIANO, Digesto, Libro XLVII, tit. X, 1. Ulpianus 5; citado por COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. 1ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, t. II, p. 506.

²² Sin cambiar el sentido de la expresión, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1ª edición 1997 (traducción y notas de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL). Madrid: Civitas, reimpresión 2003, t. I, p. 511, hace una traducción distinta: “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”.

²³ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 511.

En el campo del derecho penal el consentimiento es, y por parte del sujeto llamado a verse perjudicado, el titular del bien jurídico, “*un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho*”²⁴; o, expuesto de otra manera, “*...la aceptación o permiso por parte de un particular para que otro realice una conducta típica*”²⁵⁻²⁶.

El consentimiento puede recaer sobre un delito doloso, uno culposo²⁷⁻²⁸, un delito de acción o uno de omisión, y sin que pueda hacerse alguna distinción en relación a la naturaleza del acto típico que lesiona o pone en peligro el bien jurídico²⁹.

El *objeto* del consentimiento, al ser éste una aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es el resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos³⁰.

El consentimiento sólo puede darse hasta el tiempo de ejecutarse el hecho típico y el que se ha otorgado después únicamente es o constituye perdón del ofendido y el cual, en delitos de acción privada, extingue la responsabilidad penal³¹; y, el que ha sido prestado

²⁴ Confróntese WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General* (traducido por Dr. Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 99.

²⁵ NOVOA M., *Curso*, t. I, p. 386.

²⁶ En el mismo sentido POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte General)*, p. 239.

²⁷ De producirse efectivamente una lesión que supere la leve, son delitos culposos y en los que el consentimiento es eficaz la situación de los acróbatas de circo, de Guillermo Tell, y el de la joven que en un salón de tiro al blanco, y motivada quizás por el dinero que recibe y sabedora del riesgo que corre, consiente que se dispare sobre la esfera de vidrio que tiene en su mano (ejemplos citados por COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 523-524 (el del salón de tiro corresponde a Lackmann, citado en R. Maurach. Tratado. Tomo I. Pág. 318; H. Mayer. *Strafrecht*. Pág. 122; E. Mezger. Tratado. Tomo II. Pág. 164 n° 3; H. Welzel. *Strafrecht*. Pág. 122 [confróntese COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. 1ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, t. I, p. 711]).

²⁸ En un delito culposo de común ocurrencia, como los accidentes automovilísticos, para la eficacia del consentimiento, se requiere que el pasajero -titular del bien jurídico- tenga perfecta conciencia de la conducta específica del conductor -agente- y de la posibilidad de verificación del evento, p. ej., choque, despiste, etc., y que, así y todo, decida emprender viaje encarando un riesgo que era evitable (confróntese PIERANGELI, José Enrique. *El Consentimiento del Ofendido: Una teoría del delito*. 2ª edición revisada y actualizada (traducción de Luis Fernando NIÑO y Stella Maris MARTÍNEZ). Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, pp. 180-181).

²⁹ Confróntese GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. II, p. 125.

³⁰ Confróntese MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal: Parte General* (actualizada por ZIPF, Heinz). 7ª edición alemana (traducida por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON). Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, vol. 1, pp. 295-296.

³¹ Art. 93, N° 5., Cp: “La responsabilidad penal se extingue: ... Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.”, y delitos cuya acción, conforme lo prescribe el art. 55 Cp (2000), solamente puede ser ejercida por la víctima y corresponden a: calumnia (art. 412 Cp) e injuria (art. 416 Cp), injuria liviana de obra o de palabra y no siendo por escrito y con publicidad (art. 496 N° 11 Cp), provocación a duelo (art. 404 Cp) y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado (art. 405 Cp), y matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas

oportunamente puede libremente revocarse hasta el momento del hecho y siendo la revocación posterior siempre irrelevante³².

Consecuentemente, se asevera la efectividad del consentimiento en relación a un acción típica y se sostiene que “*El consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal.*”³³, y “*Obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica con el consentimiento, expreso o tácito del titular del interés protegido por la norma, en los casos en que dicho interés es susceptible de disposición*”³⁴.

2. Requisitos del consentimiento

El *consentimiento* conserva su denominación si hay por parte del interesado una aceptación de una conducta punible que ataca un bien jurídico cuya lesión no desaparece (v. gr., lesiones menos graves [art. 399 Cp]) y, en cambio, toma el nombre de *acuerdo* si la tal conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del titular del derecho y el libre ejercicio de la misma (v. gr., violación de morada [art. 144 Cp])³⁵⁻³⁶.

designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo (art. 385 Cp) (este último art. fue derogado, a partir del 17 de noviembre de 2005, por el art. séptimo N° 2) de la Ley 19.947).

³² Confróntese WELZEL, *Derecho (Parte General)*, p. 100.

³³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª edición. B de F, 2004, p. 503.

³⁴ CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª edición ampliada. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 370.

³⁵ Entre los autores que diferencian entre acuerdo y consentimiento véase, p. ej., MIR P., *Derecho (Parte General)*, pp. 503-506; ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 511-515; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ de MURILLO). 2ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, pp. 288-307 y 522-531; ZAFFARONI, *Manual*, pp. 399-400.

Otra opinión, v. gr., POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte General)*, pp. 239-240; CURY U., *Derecho (Parte General)*, pp. 370-371; GARRIDO M., *Derecho (Parte General)*, t. II, pp. 91-92; ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, pp. 168-170, y, para los cuales sólo cabe distinguir consentimiento (y sin perjuicio que en algunas ocasiones éste excluirá el tipo y en otras constituirá causal de justificación).

Algunos usan la denominación consentimiento en general, como comprensivo de consentimiento y acuerdo pero sin que ello importe negación de este último y como acontece, p. ej., con Günther Stratenwerth, y el cual señala que “Está fuera de discusión el hecho de que hay numerosos tipos que presuponen una conducta realizada contra la voluntad del afectado o al menos sin ella, de modo que, en caso de que concurra su “acuerdo” -así es como se suele denominar el consentimiento en este ámbito-, aquéllos, como regla general, ni siquiera podrán estar cumplidos” (STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: Parte general I. El hecho punible*. (1ª edición) 4ª edición totalmente reelaborada (traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI). Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 211).

³⁶ Otra opinión PIERANGELI, *El Consentimiento*, pp. 84-85, y quien sostiene que “bajo la denominación de aquiescencia la moderna doctrina procura abarcar tanto el consentimiento como el “acuerdo”, siendo sí la primera dificultad que se presenta el formular un concepto de aquiescencia ya que ésta aparece, en muchas ocasiones, como causa de atipicidad y, en otras, como causa de justificación, y, en otras tantas, conduce a situaciones penalmente irrelevantes”.

Los requisitos³⁷ del consentimiento (y acuerdo) son: a) Titularidad del bien jurídico; b) Capacidad; c) Libertad y Conciencia; y, d) Exteriorización.

2.1. Titularidad: Sólo puede consentir el titular del bien jurídico llamado a ser afectado por la conducta punible

En bienes jurídicos de titularidad plural, es eficaz tan sólo el consentimiento otorgado por la totalidad de los titulares. Si la titularidad de un bien es ostentada por persona jurídica, solamente es efectivo el consentimiento que se da a través del *órgano* correspondiente debidamente facultado (v. gr., el socio administrador, el gerente)³⁸. Y, “si se trata de una persona jurídica de naturaleza pública, no cabe confundir actos de concesión y autorización administrativos con el consentimiento del titular del derecho disponible”³⁹.

El consentimiento tiene que ser prestado personalmente por el titular del bien jurídico y excepcionalmente es admisible que pueda ser otorgado por un representante legal y

³⁷ Entre los autores nacionales existen grandes coincidencias en la totalidad de requisitos que debe reunir el “consentimiento” para ser eficaz aunque no necesariamente en cuanto al contenido de aquellos (p. ej., en la capacidad; véase Nota n° 46). Así, GARRIDO M., *Derecho (Parte General)*, t. II, pp. 124-127, que previamente distingue entre el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo, establece como requisitos del consentimiento: a) titularidad del bien jurídico disponible; b) capacidad; c) libertad y conciencia; d) exteriorización; e) otorgamiento antes de la consumación de la actividad lesiva; y, otros autores, y quienes no hacen distinción entre bien jurídico protegido y sujeto pasivo, establecen como requisitos: NOVOA M., *Curso*, t. I, pp. 391-392: a) titularidad del bien jurídico protegido; b) capacidad; c) libertad y conciencia; d) referido específicamente a la conducta que realiza el sujeto activo; y sin que sea necesario que el consentimiento se declare y menos aún que haya sido conocido por el sujeto activo; CURY U., *Derecho (Parte General)*, pp. 370-371: a) titularidad y disponibilidad del bien jurídico protegido; b) capacidad; c) libertad y conciencia; d) exteriorización; e) darse antes de la consumación del hecho; COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 524-527: a) serio y corresponder a la verdadera voluntad del acto que se consiente; b) capacidad; c) titularidad del interés jurídico; d) darse en el momento mismo del hecho; e) exteriorización (sólo cuando el consentimiento obra como causal de justificación); e) libre de error; ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, p. 170: a) titularidad del interés jurídico; b) capacidad; c) libertad y conciencia; d) exteriorización; En la doctrina extranjera, p. ej., MIR P., *Derecho (Parte General)*, pp. 512-514, también se ha establecido requisitos similares, v. gr., titularidad, capacidad; exteriorización, libertad (no coacción).

³⁸ “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones ..., y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” (art. 545, inc. 1°; CC), “Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación ha conferido este carácter.” (art. 551 CC), “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.” (art. 2053, inc. 2° CC), “La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima.” (art. 2061, inc. 1°; CC), “La administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, ...” (art. 2071, inc. 1°; CC); “La sociedad anónima es una persona jurídica ... administrada por un directorio...” (art. 1, inc. 1°, Ley 18.046 [sobre Sociedades Anónimas]), “El directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente ... está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta de accionistas ... Lo anterior no obsta a la representación que compete al gerente ...” (art. 40, inc. 1°, Ley 18.046), “El directorio podrá delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.” (art. 40, inc. 2°, Ley 18.046), “Las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el directorio, el que les fijará las atribuciones y deberes, ...” (art. 49, inc. 1°, Ley 18.046).

³⁹ PIERANGELI, *El Consentimiento*, p.128.

dependiendo la excepción de la propia naturaleza del objeto de la tutela penal; y así, en el delito de violación no cabe consentir mediante representante dada la índole tan personal de la libertad sexual⁴⁰⁻⁴¹.

Junto con la titularidad, para consentir válidamente se requiere tener la posibilidad de disposición del objeto protegido penalmente y siendo tal disposición, jurídicamente, la factibilidad de sacrificarlo y no -como pudiera estimarse- la enajenabilidad⁴²; no debe confundirse al titular del bien jurídico protegido con la calidad de dueño o poseedor ya que en ocasiones quien dispone no es el propietario sino un tercero, como ser el morador en el delito de violación de domicilio.

Recayendo la protección penal sobre bienes jurídicos colectivos el consentimiento personal del interesado es ineficaz, nada justifica por sí solo⁴³ y, por eso, si dos litigantes se conciertan para mentir, más allá de la conveniencia de su propia mendacidad para cada cual, el consentimiento de uno y otro no tiene algún efecto en el delito de falso testimonio ya que, de todas formas, se lesiona el bien jurídico protegido administración de justicia⁴⁴.

2.2. Capacidad

Para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios y/o perjuicios que el acto le puede acarrear⁴⁵⁻⁴⁶, es decir, se trata de una capacidad distinta a la que exige el derecho civil, ordenamiento que demanda para la plena capacidad, y en lo que toca a la edad, haber cumplido 18 años⁴⁷ y siendo los menores de esta edad “incapaces”⁴⁸ civiles y muchos de los cuales, como ser un varón menor adulto⁴⁹, y por el goce aludido, pueden en ciertas oportunidades consentir válidamente en la realización de una acción típica⁵⁰.

⁴⁰ Confróntese GARRIDO M., *Derecho (Parte General)*, t. II, p. 126.

⁴¹ Para PIERANGELI, *El Consentimiento*, p. 127, “Es evidente que existen hechos respecto de los cuales es inadmisibles que una persona jurídica pueda prestar su consentimiento, por tratarse de delitos de naturaleza exclusivamente personal tales como los inherentes a la integridad física, ...”.

⁴² Confróntese GARRIDO M., *Derecho (Parte General)*, t. II, p. 124-125.

⁴³ Confróntese WELZEL, *Derecho (Parte General)*, p. 99.

⁴⁴ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 526-527.

⁴⁵ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 513-514.

⁴⁶ Otra opinión CURY U., *Derecho (Parte General)*, p. 372, para quien, y como la capacidad no se rige por reglas generales precisas, “En determinadas circunstancias, el loco o demente puede consentir útilmente”.

⁴⁷ Art. 1º, Ley N° 19.221: “... es mayor de edad la persona que ha cumplido dieciocho años.”.

⁴⁸ Conforme prescribe el art. 1447 del CC, son absolutamente incapaces, los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente y, asimismo, pero relativos, los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo .

⁴⁹ Art. 26 CC: “Llámanse ... impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.” .

⁵⁰ Otra opinión ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, p. 170, y para el cual “sólo puede consentir un adulto, capaz de discriminar, y todo lo cual se deduce de las reglas generales sobre culpabilidad y

El consentimiento no es una declaración jurídica de voluntad negocial en el sentido del derecho civil y por eso no interesa, en principio, la capacidad civil del afectado⁵¹ y determinándose, por tanto, la *capacidad* para consentir acudiendo primero a la legislación penal y sólo en carencia de ésta según las leyes civiles y que sean atinentes a la materia.

Hay delitos respecto de los cuales la propia ley penal se encarga de determinar la capacidad para consentir, en lo que atañe a la edad, y como sucede en el delito de violación, y, en el cual tal *capacidad* se tiene ya a los “catorce” años de edad⁵²⁻⁵³ puesto que se prevé siempre como violación el acceso carnal -anal, bucal o vaginal- a una persona menor de catorce años y aunque ésta *consienta*, o sea, que al propósito de accederla no haya sido menester -y que por eso la violación se nomina impropia- recurrir al uso de fuerza o intimidación, o valerse de la privación de sentido de la víctima o aprovechar su incapacidad para oponer resistencia, o hacer abuso de su enajenación o trastorno mental.

El menor que ya alcanzó la edad de catorce años puede consentir en ser accedido carnalmente y ello será impune si para el objetivo no se incurrió en alguno de los comportamientos que la ley contempla como excluyente de un verdadero consentimiento: abuso o engaño, y, que permiten punir el *acceso* como delito de estupro⁵⁴. Los menores, habiendo cumplido “catorce” años de edad, pueden consentir en realizar actividad sexual y aunque el ejercicio de ésta sea anómalo⁵⁵, y siendo sí carente de valor el consentimiento de un varón menor mayor de catorce años y por el que autoriza ser accedido carnalmente por persona de su mismo sexo⁵⁶⁻⁵⁷.

de la irrelevancia del consentimiento del incapaz en los delitos de sustracción de menores, inducción a abandono de hogar, violación”.

⁵¹ Confróntese JESCHECK, *Tratado (Parte General)*, p. 343.

⁵² Confróntese NOVOA M., *Curso*, t. I, p. 391. (las comillas previas se explican porque en la obra, consultada, del profesor Novoa, se contempla la edad de doce y no catorce años y por ser aquélla, en la época de la publicación, la edad que se consideraba por la ley, en la especie art. 362 Cp).

⁵³ Sancionando como violación el art. 361 del Cp el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, y siempre que para ello se use de fuerza o intimidación, o que la víctima se halle privada de sentido o se aproveche su incapacidad para oponer resistencia, o se abuse de la enajenación o trastorno mental de la víctima, y estableciendo también sanción el art. 362 del Cp respecto de igual acceso, pero a una persona menor de catorce años, y aunque no concurra circunstancia alguna de las señaladas precedentemente, en el ANCP ambas disposiciones se contemplan, arts. 98 y 99, respectivamente, sólo que la edad se rebaja a doce años.

⁵⁴ Véase art. 363 Cp. (abuso de anomalía o perturbación que no constituye enajenación o trastorno mental, o de una relación de dependencia de la víctima, o de grave desamparo en que se encuentra la víctima, o engaño a la víctima abusando de su ignorancia o inexperiencia sexual).

⁵⁵ Confróntese CURY U., *Derecho (Parte General)*, p. 370. (las comillas previas se explican porque en la obra, consultada, del profesor Cury, pese a que se publica como séptima edición ampliada al año 2005, se mantienen normas penales ya modificadas, y entre ellas el artículo 362 del Cp que, antes, contemplaba como edad doce y no catorce años como hoy; igualmente, anómalo significa irregular, extraño, y lo cierto es que no cabe desconocer que las formas de realizar la actividad sexual son tan sólo expresión de una opción o preferencia que, en cuanto tal, debiera ser ajena a la sanción penal [véase, más abajo, 10., párrafos 5 a 8]).

⁵⁶ Aunque un acceso carnal como el mencionado es delito según lo dispuesto por el art. 365 del Cp, y replicando la referencia muy acertada de POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 282, “... no deja de ser curioso que si el objetivo era impedir la corrupción de

Habrán acontecimientos incluso en que, debiendo acudir a la legislación civil para establecer la capacidad, no se hará finalmente aplicación de las reglas generales establecidas por el derecho civil y por existir en él norma particular o de excepción y que es lo que acaece con los delitos que afectan un patrimonio constitutivo del peculio profesional o industrial de un menor ya que a éste, y por expreso precepto, no se le exige alcanzar la mayoría de edad para administrarlo⁵⁸, y, no se le puede intimar la edad límite ya que no se trata de un problema de capacidad del sujeto activo sino de la capacidad de decidir del interesado⁵⁹⁻⁶⁰.

En eventos relativos a la salud, como la relación médico paciente, se estima que una condición de eficacia del consentimiento es el hacer prevalecer sobre la voluntad del representante legal la voluntad del menor y siempre que éste cuente con suficiente madurez⁶¹. El consentimiento, como supone renuncia al amparo penal, debe corresponder a una voluntad verdadera del que consiente y por eso es falto de eficacia el prestado por el ebrio o intoxicado o por el que padece de anomalías mentales, sean estas permanentes o transitorias⁶²⁻⁶³⁻⁶⁴, es decir, “*quien consiente debe ... obrar con capacidad de entendimiento y de discreción*”⁶⁵.

menores, aparezca que las relaciones homosexuales perturben el normal desarrollo de la sexualidad sólo de hombres y no de la sexualidad de las mujeres. El argumento histórico aquí parece sólo una pobre justificación para mantener un atavismo cultural que, si ha estimarse válido como protección al menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres.”.

⁵⁷ En la obra de CURY U., *Derecho (Parte General)*, aún se contemplan normas penales ya modificadas y por eso es que puede explicarse que este autor silencie la falta de permiso legal para relaciones sexuales -con acceso carnal en sentido amplio- entre varones, uno mayor de edad y el otro menor, pero mayor de catorce años, y consintiendo éste en ser accedido.

⁵⁸ Establece el art. 251 del CC: “El hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial,....”, y, peculio que (art. 250 N° 1.º CC) se compone de “todos los bienes que el hijo adquiera en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria”.

⁵⁹ Confróntese NOVOA M., *Curso*, t. I, p. 391 y Nota n° 8.

⁶⁰ Esta conclusión de Novoa, relativa a la no aplicación de las reglas generales del ordenamiento civil para establecer la capacidad del menor para que éste disponga de bienes de su peculio ya que existe disposición especial, en la especie artículo 251 del Código Civil, resulta bastante discutible puesto que la administración de dicho peculio no se contempla a ultranza, esto es, requiere en determinados casos de autorización judicial, específicamente si se trata de enajenarlo o gravarlo, y no puede desconocerse que el consentimiento del menor para que, p. ej., un tercero destruya o se apropie con ánimo de lucro de un objeto de su peculio en nada se diferencia, en lo que toca a la resultante de tales actos “autorizados”, de una efectiva enajenación de tal objeto. Y, ciertamente, preceptúa el artículo 254 del Código Civil: “No se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa”.

⁶¹ Confróntese RIGHI, Esteban, “La Revalorización del Consentimiento en la Relación Médico-Paciente”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo* (Bogotá), núm. 6, Enero-Marzo 2004, pp. 181-182.

⁶² Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 525.

⁶³ En el mismo sentido NOVOA M., *Curso*, t. I, p. 391, y el cual sostiene que quien consiente debe estar “mentalmente sano y con desarrollo psíquico que le permita comprender cabalmente el alcance de su aceptación”.

⁶⁴ Otra opinión PIERANGELI, *El Consentimiento*, p. 137, y para quien “En consecuencia, no debe considerarse inválido el consentimiento ... por el simple hecho ... que ... haya utilizado sustancias alcohólicas o estupefacientes, pues ello no permite una conclusión segura de que el consentimiento se deba a un vicio de la voluntad. Es necesario establecer la existencia de una deficiencia psíquica debido al uso de bebidas alcohólicas

2.3. Libertad y Conciencia

El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño, y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto del que consiente y, consiguientemente, es inoperante si emana de quien, aún con libertad, no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite⁶⁶.

Habiendo coacción falta la libertad, como cuando se hace una amenaza de un mal grave, y falta también, al igual que la conciencia, si se padece de error o engaño y siempre que éstos digan relación con la magnitud y clase de menoscabo que se experimenta por la acción consentida o sean tales que no le permitan al afectado captar el fin altruista del sacrificio de su bien jurídico o yerra en el significado del consentimiento para evitar un daño para sí o un tercero⁶⁷⁻⁶⁸.

2.4. Exteriorización

El consentimiento, en sentido legal, de alguna forma ha de exteriorizarse ya que si ello no ocurre no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas⁶⁹.

El consentimiento no requiere de manifestación expresa y basta tan sólo una acción cualquiera concluyente (p. ej., quien se involucra en una pelea amistosa implícitamente acepta las lesiones leves que se le pudieren ocasionar)⁷⁰ y tampoco requiere ser conocido por el agente (p. ej., cuando el dueño del predio forestal da instrucción a sus inquilinos de que no

o estupefacientes así como la influencia de la dolencia física en el componente volitivo ..., para que el consentimiento se pueda reputar inválido, o sea, determinar el grado de alteración mental producido.”

⁶⁵ JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, p. 527.

⁶⁶ Confróntese NOVOA M., *Curso*, t. I, p. 392; en términos similares COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 525.

⁶⁷ Confróntese JESCHECK, *Tratado (Parte General)*, pp. 344-345

⁶⁸ La libertad, en sí, no sólo es ausencia de trabas o de determinaciones procedentes del exterior, conocida como libertad física, sino que también la facultad de poder resolverse a algo sin que lo impidan causas exteriores psíquicamente influyentes, y que se denomina libertad moral. Por su lado, la conciencia, en sentido etimológico, estricto, significa un saber ajustado respecto de la existencia psíquica propia y de los estados en que en un instante dado ésta se encuentra (confróntese BRUGGER, Walter. *Diccionario de Filosofía*. 9ª edición. Barcelona: Editorial Herder, 1978, pp. 115 y 314).

⁶⁹ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 532-533.

⁷⁰ “El consentimiento tácito se puede establecer recurriendo a la llamada “tolerancia consuetudinaria” del titular del bien jurídico en relación a determinados hechos, esto es, la persistencia del interesado de renunciar a la tutela penal, concientizado por la constante y reiterada reproducción de un mismo hecho lesivo, el que finalmente se tolera y conscientemente se acepta, sirviendo de ejemplo la denominada festa do pindura en Brasil, en la que los estudiantes de derecho, conmemorando la fecha de creación de los dos primeros cursos jurídicos en el país, consumen alimentos y bebidas en los bares y restaurantes sin hacer pago y el propietario, conciente de lo que va a ocurrir, igualmente atiende los pedidos” (confróntese PIERANGELI, *El Consentimiento*, p. 144).

procedan en caso de daños, existe un consentimiento eficaz, aunque el agente ignore el permiso)⁷¹⁻⁷²⁻⁷³.

3. El consentimiento presunto

El consentimiento se denomina *presunto* si se puede conjeturar que el titular del derecho, que al tiempo del suceso no se halla en situación de por sí aceptar (v. gr., está dormido, inconsciente), habría efectivamente consentido de haber estado en condición de hacerlo y se necesita, además, realizar a su respecto una conducta punible, y, la que inclusive el agente puede llevar a cabo en interés propio.

Este consentimiento se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante⁷⁴ pero es en sí autónomo de ambos y en tanto es una construcción normativa y no una efectiva

⁷¹ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 534.

⁷² Otra opinión PIERANGELI, *El Consentimiento*, p. 144, y quien sostiene que “La admisibilidad del consentimiento tácito, que hasta puede configurarse con el silencio, no excluye la exigibilidad de que sea reconocible”.

⁷³ El consentimiento puede otorgarse bajo condición, plazo, o modo. Si la condición es suspensiva, es ineficaz el consentimiento prestado antes de cumplida la condición; si la condición es resolutive, el hecho consentido realizado antes de verificarse la condición es un hecho lícito y la verificación posterior de aquélla es irrelevante y no afecta la validez y eficacia de los hechos cumplidos hasta ese momento (confróntese PIERANGELI, *El Consentimiento*, pp. 150-152).

⁷⁴ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 765. (el término estado de necesidad justificante aquí empleado no corresponde al así mentado por el art. 10 N° 7 del Cp (art. 6° N° 5°. ANCP) sino que, y en nuestro ordenamiento jurídico, a caso de exclusión de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, ya por fuerza moral irresistible ya por miedo insuperable, contemplado en el N° 9 del art. 10 del Cp (art. 6 N° 7 ANCP), y manteniéndose el término en cuestión en atención a conservar la fidelidad a la fuente doctrinal de consulta en esta parte, Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, obra citada, y correspondiendo la expresión, por lo demás, en la dogmática y en la legislación alemana, igualmente, a caso de no exigibilidad de otra conducta, y por fuerza moral irresistible o miedo insuperable, y distinguiéndose en tal normativa, en una época (hasta 1975), un estado de necesidad por coacción y otro por causas naturales o por conducta humana que no coacciona, nominados, el primero, “constreñimiento debido a situación coactiva” y, el segundo -y derechamente-, “estado de necesidad”, establecidos, uno y otro, respectivamente, en los que eran los § 52 y § 54 del Código Penal Alemán (StGB), y los que disponían, en el orden expuesto, que: “Constreñimiento debido a situación coactiva. No concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física, no evitable de otro modo.” y “Estado de necesidad. No concurre acción punible cuando la acción, fuera de los supuestos de legítima defensa, se cometió en estado de necesidad no provocado y evitable de otro modo, para salvar de un peligro actual la vida o la integridad física del autor o de persona allegada.” (confróntese ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 7ª edición alemana (traducción por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 155 [N. *]) (sobre un tratamiento más extenso del estado de necesidad en la legislación alemana, y en el propio Roxin, consúltese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 671-733); es decir, el estado de necesidad, en los autores y legislación germana, importa “una situación inculpable de peligro para la vida y la integridad corporal del autor o un pariente y peligro que sólo puede salvarse por medio de la lesión de intereses penalmente protegidos, intereses incluso de igual entidad del llamado a salvar” (confróntese WELSEN, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General*. (11ª edición) 4ª edición castellana (traducción por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 210-214). Actualmente, en el StGB, los § 52 y § 54, se encuentran reemplazados por los § 34 y § 35, teniendo ambos la misma denominación de “estado de necesidad”, pero siendo aquél ya comprensivo del

manifestación de voluntad ordenada hacia la aceptación de una conducta punible⁷⁵, es una “presunción del consentimiento”⁷⁶ y, a la vez, demanda los mismos presupuestos que el real: debe referirse al momento del hecho, el titular del bien jurídico ha de tener capacidad para consentir, ha de ser posible un consentimiento eficaz respecto del objeto de tutela jurídica, etc.⁷⁷.

“El consentimiento presunto carece de autonomía y es un subcaso del consentimiento en su sentido genérico ya que importa la falta de expresión de voluntad del interesado, la que se reemplaza, en el ánimo del que obra, por la persuasión de su realidad y, por ende, le son aplicables las normas generales del consentimiento”.⁷⁸

El consentimiento presunto se presenta en dos grupos de casos: colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del afectado (v. gr., la vida y la integridad corporal, en que se justifica entonces la amputación de la pierna) y renuncia de intereses propios en beneficio del agente o un tercero (v. gr., la empleada regala el traje viejo de su empleador a un mendigo), y requiriéndose para que sea justificante combinar la ponderación de intereses desde el punto de vista del titular del derecho con la suposición objetiva acerca de cual habría sido su voluntad de haber conocido la situación y teniendo en consideración la idea del riesgo permitido⁷⁹.

Ahora, si la colisión interna de bienes e intereses del afectado se corresponde con la salvación de un bien jurídico no disponible, v. gr. la vida, más que un consentimiento presunto como causa de justificación, y siempre que exista una intervención médica acorde con la *lex artis*, puede estimarse que es más apropiado hablar de un auxilio necesario o

estado de necesidad justificante nuestro y el segundo correspondiente ya a la no exigibilidad de otra conducta propiamente tal que contempla nuestra normativa penal, y en tanto los § 34 y § 35 citados, respectivamente, disponen: “Estado de necesidad justificante. Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado de peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro” y “Estado de necesidad disculpante. Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro porque él estaba en una especial relación jurídica...”; solamente si fuera el caso que el agente, p. ej., bajo amenaza seria y verosímil de dársele muerte si no lo hiciera, realiza la destrucción de un vehículo estacionado en la vía pública, el término “estado de necesidad” sería coincidente con el de nuestra legislación punitiva, esto es, cuando el bien jurídico llamado a ser salvado es de mayor valoración que el llamado a ser sacrificado y este último, además, es sólo la propiedad: cosas que son objeto de dominio y todos los derechos patrimoniales.

⁷⁵ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p 765.

⁷⁶ Mezger, *StrafR*, 1949, 220, n. 3, citado por ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p 765.

⁷⁷ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 766.

⁷⁸ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 528.

⁷⁹ Confróntese JESCHECK, *Tratado (Parte General)*, pp. 347-348.

estado de necesidad⁸⁰, o bien de una actuación fuera de los límites del tipo por su adecuación social⁸¹ o que ni siquiera satisface los requisitos del tipo cuando fracasa⁸².

Y situaciones que se mencionan frecuentemente, como la del individuo que ingresa mediante rompimiento de puerta a la casa del vecino ausente y para reparar una cañería cuya rotura está inundando la vivienda, o la del sujeto que da muerte y para que no siga sufriendo al perro fino, de raza, que resultó con una pata cortada producto de un atropello⁸³, son incidencias que en nuestra legislación se solucionan a través del estado de necesidad⁸⁴ (contemplado como eximente de responsabilidad penal en el art. 10 N° 7 del Cp).

Lo decisivo para que el consentimiento presunto sea realmente justificante es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría y sin que deje de haber justificación si posteriormente, contrariando toda expectativa, el interesado, en definitiva, no aprueba la conducta; y, además, opera para los mismos delitos para los cuales lo hace el consentimiento efectivamente manifestado⁸⁵.

4. El Acuerdo

Existe distingo entre *acuerdo* y *consentimiento*. El acuerdo es de naturaleza más fáctica que el consentimiento, que es de carácter más jurídico, y se pueden advertir entre ambos diferencias como las que siguen:

4.1.

El acuerdo dice relación con la voluntad interna de quien asiente, aún cuando la misma no se haya exteriorizado y, por su lado, el consentimiento requiere, como mínimo, que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones.

⁸⁰ Confróntese MIR P., *Derecho (Parte General)*, p. 515. (este estado de necesidad que refiere Mir Puig está contemplado en el art. 20 N° 5 del Cp español, y puede abarcar casos de justificación como de exculpación, es decir, aunque sí forzado, y en nuestra legislación, tal estado es susceptible de ser encasillado en la no exigibilidad de otra conducta y por fuerza moral irresistible, y a que se refiere el art. 10 N° 9, primera parte, del Cp. El art. cito del Cp español prescribe que: “Están exentos de responsabilidad criminal: El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero: Que el necesitado no tenga, por oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

⁸¹ Confróntese GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan. *Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago, 1971, p. 250 y ss., citado por CURY U., *Derecho (Parte General)*, pp. 371-372.

⁸² Confróntese GRISOLÍA / POLITOFF / BUSTOS, *Derecho Penal Chileno (Parte Especial. Delitos contra el individuo)*, p. 251, citado por CURY U., *Derecho (Parte General)*, p. 372.

⁸³ Confróntese MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. nueva edición revisada y puesta al día por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS. Madrid, 1955, t. I, p. 431, citado por CURY U., *Derecho (Parte General)*, p. 372 (Nota n° 74).

⁸⁴ Confróntese Cury U., *Derecho (Parte General)*, p. 372.

⁸⁵ Confróntese MIR P., *Derecho (Parte General)*, p. 515.

No hay más que tentativa imposible de delito de hurto, ya que falta el quebrantamiento de la custodia, si el dueño arma y prepara una trampa al ladrón con afán de atraparlo y probar posteriormente su culpabilidad y por lo que internamente está de acuerdo con la sustracción. Y, existe delito consumado de daños si el dueño, planteándose el que puede conseguir una cosa nueva y mejor a virtud del pago del seguro, de forma irreconocible exteriormente aprueba la destrucción de lo que es de su pertenencia⁸⁶.

4.2.

Para su eficacia, el acuerdo presupone solamente la voluntad natural del afectado, incluso cuando éste no posea capacidad de comprensión por su juventud o por una perturbación mental, y, el consentimiento exige que la víctima goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su aceptación y para considerar razonablemente las ventajas e inconvenientes del comportamiento a padecer.

No hay delito de hurto, y porque falta el quebrantamiento de la custodia, si el agente obtiene de un niño incapaz de entendimiento que éste le *regale* el dinero dado por sus padres para la compra de dulces (sin perjuicio que, atendida la modalidad o forma que se obtiene la entrega, podría haber apropiación indebida o estafa). A su vez, el consentimiento es inválido en una lesión si el que consiente se encontraba ebrio⁸⁷.

4.3.

Los vicios de la voluntad (coacción, error y engaño) son irrelevantes para el acuerdo pero hacen ineficaz el consentimiento.

No comete violación de domicilio quien a través de astutas simulaciones logra que el propietario de la vivienda le autorice la entrada y tampoco incurre en violación el que mediante coacción, que no alcanza a la amenaza que es presupuesto de la realización del tipo penal, accede carnalmente a la mujer que requiebra.

Y como los vicios de la voluntad afectan el consentimiento, habrá lesiones causadas por intervención médica curativa si el paciente no fue informado previamente por el médico o la información de éste lo llevó a consentir por error; y, en el caso de fuerza, habrá daños punibles si el agente mediante la amenaza de denuncia obtuvo el consentimiento para producir el respectivo detrimento⁸⁸.

4.4.

Hay delitos en los que sólo cabe el consentimiento mas no así el acuerdo y viceversa y, además, en aquéllos la aceptación del interesado puede no influir, como sucede en los casos

⁸⁶ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 513.

⁸⁷ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 513-514.

⁸⁸ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 514.

en que el acto punible atenta contra las buenas costumbres, situación que se daría con las lesiones⁸⁹, y sin que haya posibilidad de ineficacia con el acuerdo, pese a la *inmoralidad* que pudiere encerrar el hecho, y como ocurre con el delito de violación⁹⁰.

4.5.

La diferente ubicación sistemática del acuerdo y el consentimiento, uno en el *tipo penal* y el otro en la *antijuridicidad*, traen consigo soluciones discrepantes para un mismo hecho y en el que el autor desconozca la aprobación efectivamente existente del titular del bien jurídico.

En situación de acuerdo existiría tentativa *inidónea* porque no se realiza el tipo objetivo ya que el dolo delictivo se dirige contra un objeto inidóneo, y, en una de consentimiento, como daños o lesiones, si el autor ignora el permiso del titular del derecho se llega a la aceptación de un delito consumado toda vez que se ha dado el resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización⁹¹.

4.6.

En el caso de error del agente, en que éste supone una aprobación que no existe, en una situación de acuerdo (v. gr., delito de violación de domicilio) queda excluido el dolo y en una de consentimiento (v. gr., delito de lesiones) se yerra sobre un presupuesto objetivo de una causal de justificación⁹², pudiendo sí sostenerse que (todo lo cual queda sujeto a la doctrina a la que se adscriba) se excluye el dolo y subsiste la culpa (teoría del dolo) o bien que se está frente a un error de prohibición que, en el supuesto de ser evitable, deja subsistente la sanción penal, ya a título de atenuación de la culpabilidad en la medida de la

⁸⁹ Sin duda el límite buenas costumbres es susceptible de discusión en cuanto a su contenido fáctico pero no resulta ni parece extravagante, pues no se aleja del pensar y sentir común, la solución de la dogmática y de la jurisprudencia alemana en cuanto a considerar, p. ej., contrario a las buenas costumbres las lesiones sádicas producidas en el contexto de conservar el empleo, la pelea a puños sin regla de limitación alguna (no hace poco se conoció, y para liberar tensiones, de peleas regladas y con guantes de entrenamiento en los patios de la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile (Santiago), y en las que las reglas eran dos: “El que viene debe pelear” y “el que se pica se va del club”, y peleas que terminaron abruptamente una vez que la autoridad Universitaria correspondiente ordenó un Sumario en relación a los alumnos participantes (información en internet: http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_5726_154077523,00.html [Diario “La Tercera” (Chile), edición de 14/08/2005]).

⁹⁰ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 514-515.

⁹¹ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 515. (eso sí, Roxin, y conforme a la legislación alemana, y en caso de acuerdo, habla derechamente de “existir tentativa porque el dolo delictivo se dirige contra un objeto inidóneo” [el Cp Alemán dispone que (§ 22): “Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo.”, (§ 23, inc. 1°): “La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho sólo es punible cuando la ley expresamente lo determina.”, y (§ 23, inc. 3°): “Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería acometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional.”]).

⁹² Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 515.

pena (teoría extrema de la culpabilidad) o como delito culposo (teoría moderada de la culpabilidad)⁹³

5. Efectos del consentimiento (acuerdo y consentimiento) en la estructura del delito y en la responsabilidad penal

Para determinar el verdadero influjo que el consentimiento (también entendido como acuerdo) del interesado o titular del bien jurídico ejerce sobre un proceder que asoma como delito, evento éste que nuestro Código Penal define como “... *toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”⁹⁴ y la doctrina -en general- como “*conducta típica, antijurídica y culpable*”⁹⁵, o sea, a fin de establecer que parte de la estructura del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad, y/o culpabilidad) se ve afectada por el consentimiento y cuál es la consecuencia de ello debe, antes, distinguirse entre aceptación de acción típica que constituye ataque contra la voluntad del interesado o que prescinde de ésta y aceptación de acción típica que produce lesión, que no desaparece, de un bien jurídico, es decir, primeramente hay que diferenciar entre acuerdo y consentimiento propiamente tal.

5.1. Efectos del consentimiento, entendido como acuerdo

Si el consentimiento recae sobre una conducta punible que se dirige contra la voluntad del titular del derecho o bien prescinde de ella, caso en el cual se habla de acuerdo, simple y sencillamente desaparece el tipo penal y, por tal razón, no hay responsabilidad penal alguna, y, no alcanzando a ser el hecho siquiera antijurídico.

Entre los hechos a los cuales puede extenderse el acuerdo se cuentan: violación de domicilio (art. 144 Cp [art. 132 ANCP]), en que se contraría la voluntad del morador; la apertura o registro de correspondencia o papeles de otro (art. 146 Cp)⁹⁶, que se efectúa sin voluntad del destinatario; la interceptación o grabación o reproducción de comunicaciones o conversaciones de carácter privado, que se realizan sin la autorización del afectado (art. 161-A Cp)⁹⁷; la divulgación de un mensaje telegráfico, sin autorización expresa de quien lo dirige o de la persona a quien es dirigido (art. 337 Cp [art. 136, en relación con art. 134 N° 3°, ANCP]); la entrega a un establecimiento público o a otra persona de un menor de diez años, por parte del que tiene a su cargo la crianza o educación, y que se hace sin la anuencia de la

⁹³ Para un análisis más detallado de las teorías acerca del dolo y de la culpabilidad, véase CURY U., *Derecho (Parte General)*, pp. 441-444.

⁹⁴ Art. 1º, inc. 1º, Cp.

⁹⁵ ZAFFARONI, *Manual*, p. 257; POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte General)*, pp. 158-159; en términos casi idénticos ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, p. 118, y quien lo define como “la acción típicamente antijurídica y culpable”.

⁹⁶ Art. 133 ANCP (se agrega como conducta típica el ocultar o inutilizar la correspondencia o papeles, teniendo éstos carácter de privados)

⁹⁷ Art.134 ANCP (el tipo se refiere a la captación o grabación de: palabras de otro no emitidas públicamente, imágenes de quien se encuentra en su morada, comunicaciones telemáticas, y se refiere al acceso a la información contenida en soportes informáticos)

persona que se lo hubiere confiado o de la autoridad, en su defecto (art. 356 Cp)⁹⁸; los delitos de hurto, en que la apropiación de cosa mueble ajena se realiza con ánimo de lucro y sin la voluntad del dueño (art. 432 Cp [art. 146 ANCP]).

En suma, el acuerdo se circunscribe fundamentalmente a delitos contra bienes patrimoniales, integridad moral, y libertad individual (omnicomprensiva no sólo de libertad física o ambulatoria sino que también de libertad espiritual o moral, sexual, a la privacidad o intimidad, etc.).

5. 2. Efectos del consentimiento

Si la conducta punible que es consentida ataca a un bien jurídico susceptible de disposición y cuya lesión no desaparece hay ausencia de interés del titular del derecho en ser protegido jurídicamente y, por lo mismo, la agresión no amerita penalidad puesto que la aceptación del interesado hace que el comportamiento no sea antijurídico formalmente, que esté conforme a derecho y, por consiguiente, el consentimiento incide en la antijuridicidad, constituye causal de justificación⁹⁹.

Al ser el consentimiento un renunciar al resguardo que concede la ley se justifica que decaiga la razón para punir el desmedro que se hubiere originado ya que la protección penal de bienes tiene como fundamento el proporcionar a su titular un mínimo de libertad frente a terceros y por lo que el menoscabo cierto que ha podido producirse no puede constituir ilícito ya que el mismo se halla cubierto por la voluntad del afectado y está en armonía con la libre autodeterminación y no en contradicción con ésta¹⁰⁰.

⁹⁸ Según el art. 96 del ANCP, tratándose de menores de diez años, “No constituye abandono la exposición ni la entrega de un menor al cuidado de una institución pública o de beneficencia”.

⁹⁹ Confróntese, p. ej., CURY U., *Derecho (Parte General)*, p. 370; COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 514-523; ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, pp. 168-170; JESCHEK, *Tratado (Parte General)*, p. 335; JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, pp. 523-531; ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 512-513.

Otra opinión: NOVOA M., *Curso*, t. I, pp. 389-390, y para quien “Atendido que la ley chilena no consagra el consentimiento ... como causa de justificación y que la ... mayoría de los delitos han sido establecidos con la finalidad de proteger bienes jurídicos de interés general, debemos entender que ese consentimiento no constituye, ..., una circunstancia capaz de eliminar la antijuridicidad de una conducta típica”; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª edición. Buenos Aires: Editorial Losada, sin fecha, t. IV, p. 629, y según quien “el consentimiento de la parte lesionada no puede constituir una causa justificante” pues “en un sistema jurídico que la ley penal es de orden público y en que la pena se impone en nombre de la sociedad entera y por acusación ..., no es posible derogar por convenciones particulares las leyes de orden público” (PRINS, Adolfo, en *Science pénale*, pág. 264, núm. 346, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA).

Para algunos “La ley tutela un determinado interés jurídico generalmente por razones de orden público y social más que de carácter individual pero debe reconocerse validez al consentimiento prestado por la víctima en los casos en que puede disponer del bien jurídico que le reconoce la ley pues en tal evento prima el interés privado sobre el público, y que es la situación en la que particularmente se hallan los derechos patrimoniales...” (confróntese LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal: Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958, t. I, pp. 285-286).

¹⁰⁰ Confróntese STRATENWERTH, *Derecho penal (Parte General)*, pp. 209-210

El consentimiento como causal de justificación debiera traer consigo la irresponsabilidad penal por dejar de ser el hecho antijurídico y aunque revele una conducta desvalorada pero tal *irresponsabilidad* queda sujeta sí, finalmente, al mandato legislativo, y como lo demuestran, ejemplarmente, el establecimiento en algunos códigos penales (v. gr., Italia, México, Colombia, Costa Rica) de una norma genérica que especial y efectivamente asigna dicha consecuencia al consentimiento -y siempre que se trate de “bienes jurídicos disponibles”- y el tratamiento discorde que un mismo ilícito tiene según sea el país, como acaece con las *lesiones*, cuyo ocasionar en España, bajo específicas circunstancias, puede importar *irresponsabilidad penal* (art. 156 Cp) o bien *atenuación* de ésta (art. 155 Cp) y, en cambio, en Alemania, y en cuanto no atenten contra las buenas costumbres, *irresponsabilidad* (§ 228 Cp).

No puede sí estimarse que el consentimiento, en su expresión propia -no como acuerdo-, más que una causal de justificación constituye una excusa legal absolutoria o causa personal de exclusión de la pena ya que las excusas legales absolutorias (art. 489 Cp [art. 162 ANCP]) “importan inequívocamente la existencia de delito: un hecho típico, antijurídico, y culpable”¹⁰¹, un hecho en el cual el consentimiento del titular del bien jurídico no está presente sólo que “*la propia ley punitiva dispone la inaplicabilidad de la amenaza penal respecto de determinadas personas*”¹⁰². Las excusas legales absolutorias son causas personales de impunidad que impiden aplicar pena a un delincuente pese a haber éste realizado un hecho descrito como delito y solamente por razones de utilidad pública¹⁰³ y siendo la causal de la impunidad preexistente a la comisión del ilícito (v. gr., el parentesco por consaguinidad en línea recta en el caso del hurto)¹⁰⁴.

Menos todavía puede apreciarse el consentimiento del interesado como una situación de inculpabilidad ya que el agente de común obra con *ánimo* de afectar un bien jurídico y no teniendo lugar el delito ya por tratarse de una situación atípica (acuerdo) o justificada por el derecho (consentimiento); el consentimiento *per se* despoja de relevancia la motivación del ejecutor quien podría incluso actuar sin beneficio para sí y exclusivamente con anhelo de querer *salvar* un bien que *ojalá* sea de mayor significación que el por él atacado.

¹⁰¹ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. I, p. 631.

¹⁰² COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. I, p. 631.

¹⁰³ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. I, pp. 632-633.

¹⁰⁴ Para COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. I, pp. 631-634, la excusa legal absolutoria y la causa personal de exclusión de la pena son sinónimas, ambas importan situaciones preexistentes, con la sola diferencia que ésta guarda relación con la función o cargo que desempeña el agente (v. gr. oficio de parlamentario: diputado o senador) y no así aquélla (v. gr. parentesco: consanguíneos legítimos [matrimoniales] en toda la línea recta, etc. [en el ANCP padres, hijos y cónyuges]); en el mismo sentido CURY U., *Derecho (Parte General)*, pp. 468-469, y para quien las “excusas legales absolutorias ... se designan también como “causas personales que excluyen la pena” o, simplemente, “causas de exclusión de la pena””.

Otra opinión ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición (revisada y actualizada). Editora Nacional Gabriela Mistral (Chile), 1976, t. Segundo, p. 8-9, y que sostiene que “No deben confundirse las excusas legales absolutorias con las llamadas causas personales de exclusión de la pena. Estas últimas significan, ..., una verdadera exclusión del campo del derecho penal, de tal modo que las acciones a que ellas se refieren no pueden siquiera entrar a ser valoradas como antijurídicas o culpables, ..., no engendran responsabilidad civil.”.

Como la anuencia del interesado se conforma con un obrar que contraría una prohibición legal y que trasunta daño social, ya que no desaparece la lesión, el tipo de bien jurídico que se afecta limita la *eficacia* del consentimiento y, por eso, es de general estimación que ella se concreta principalmente a los delitos de lesiones, y a algunas de éstas; y precisamente, el efecto atenuador del consentimiento se explica porque por medio de él se sacrifican bienes jurídicos no disponibles para su titular (v. gr., la vida) lo que obliga a una sanción penal que, por la misma aceptación, debe consagrarse como de menor entidad y a través, por ejemplo, de tipificar la conducta en un tipo especial (v. gr., homicidio piadoso) en relación al tipo genérico (v. gr., homicidio)¹⁰⁵.

Para afirmar la improcedencia del consentimiento en delitos contra la vida, o contra la integridad corporal o la salud (v. gr., lesiones graves), debe atenderse al criterio de la ponderación, esto es, un bien jurídico es sacrificable únicamente en cuanto no exista un interés general de conservación, en el sentido que no se menoscabe la autonomía del mismo y sea además racional el sacrificio; y, así, no cabría hacer cesión de la vida o permitir la amputación de ambas piernas para un experimento -independientemente de las oportunidades que éste abra- como tampoco solicitar, ni aún rogando, ser muerto además que la condena de esta última conducta, y pese a ser impune el suicidio, garantiza en general la prohibición de matar¹⁰⁶.

Dentro de las lesiones que pueden admitirse como consentidas, aparte de las incidentales, se contemplan las intervenciones médicas con fines curativos, o encaminadas a enmendar alteraciones de funciones corporales (v. gr., esterilización, castración), o con fines estéticos (siempre que no sean también curativos) o de transplantes como, asimismo, las que se producen con ocasión del desarrollo de actividades deportivas¹⁰⁷⁻¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, debiéndose sí estar en presencia de un consentimiento liberado de coacción, de engaño o error, en lo atingente al alcance del sacrificio del bien jurídico.

¹⁰⁵ Confróntese ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo. “El Consentimiento del Ofendido en la Eutanasia”. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/6.pdf>.

¹⁰⁶ Confróntese JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, p. 525.

¹⁰⁷ Confróntese JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, pp. 525-526.

¹⁰⁸ Otra opinión WELSEL, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 101, y quien señala que “no son lesiones corporales los tratamientos de curación adecuados al arte e indicados por el médico”

¹⁰⁹ Y, como refieren POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte General)*, pp. 240-241, tratándose de actividades deportivas extremas, “los resultados dañosos producidos se amparan en una costumbre contra legem que ha determinado una norma de cultura o generalmente aceptada que constituye un silencio social frente a toda lesión corporal que no sea una trasgresión demasiado grosera de las normas de prudencia más elementales y, desde luego, fuera de la clase de golpes permitidos por el determinado deporte”. Un ejemplo de la situación descrita es en Chile el denominado “Todo Vale” en que los contrincantes, encerrados en una jaula, una estructura metálica octogonal de siete metros de diámetro y dos y medio de alto, se trenzan a golpes siendo válidas todas las técnicas utilizadas en artes marciales o boxeo pero sujetos sí, los rivales, a ciertas reglas: la pelea se puede parar en cualquier momento a petición de uno de los luchadores, el árbitro o entrenador, y se combate con protector (información: Diario “La Tercera” (Chile), edición de 14/08/2005). (más información en: <http://www.periodismo.uchile.cl/contintanegra/2004/Abril/sociedad3.html>)

Si un médico, previo consejo suyo, obtiene que una acongojada mujer done un riñón para poder así salvar la vida del cónyuge de ésta y, en definitiva, el trasplante se realiza en una persona distinta al destinatario, aunque no es ineficaz el consentimiento, se está en frente a una lesión punible y en que el médico que dio la recomendación, y haya sido él o no quien extrajo el órgano, responde como autor mediato y toda vez que la pérdida del bien fue motivada por una situación simulada¹¹⁰.

Igualmente, las *buenas costumbres*¹¹¹ pueden constituir obstáculo para la eficacia del consentimiento (v. gr., § 228 Cp Alemania) en materia de lesiones y, consiguientemente, la anuencia del interesado carece de validez si da lugar a la violación de los principios y exigencias éticas de la conciencia moral de una sociedad o crea peligro o daño social¹¹², o sea, si existe desaprobación jurídica del motivo de la actuación¹¹³.

Así, el consentimiento es falto de valor en casos de: pelea a puños sin reglas; prescripción de drogas, sin necesidad terapéutica, a toxicómano; suministro a deportista de sustancias de dopaje y que le ocasionan daños considerables a su salud; extracción, sin causa médica objetiva, de dentadura a paciente, y aún cuando hubiere posibilidad real de remediar la

¹¹⁰ Confróntese JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, pp. 527-528.

¹¹¹ Para PIERANGELI, *El Consentimiento*, pp. 112-113, la dificultad estriba en que el concepto de buenas costumbres “En el Derecho penal, de manera general, la doctrina limita su esfera de actuación a la decencia y a la moral sexual ... la expresión “buenas costumbres” no posee un significado unívoco en las diversas ramas del derecho”. Para GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III, p. 332, “Buenas costumbres son aquellas modalidades, aceptadas por una sociedad determinada a través del tiempo, sobre la forma de ejercer y practicar la actividad sexual ... La práctica de la homosexualidad, del lesbianismo y de perversiones análogas, constituyen atentados a las buenas costumbres ... En la actualidad estos bienes son discutidos ... como dignos de protección penal, las ideas imperantes sobre la libertad individual, los amplios cambios de orden ético cultural que se están produciendo en la sociedad, sobre todo los que se refieren al comportamiento sexual y a la libertad de pensamientos y de opinión, ponen a prueba los criterios ... existentes ... De suerte que -al aplicar estos tipos penales- corresponde evaluar con extrema cautela los eventos concretos que suceden en la realidad social.” (no puede pasarse por alto que “las organizaciones psiquiátricas y psicológicas de ahora no consideran totalmente que la homosexualidad sea una desviación sexual, sino una forma alternativa de expresión sexual normal ... Desde la perspectiva de un modelo estadístico de normalidad, la frecuencia de homosexualidad es el tema crítico.... el estudio clásico de Kinsey y sus asociados ... como estudios más recientes (Hunt 1974) concluyen que cerca de un 25% de los hombres y un porcentaje algo más bajo, pero similar, de las mujeres en Estados Unidos, han tenido una experiencia homosexual y una lesbiana.” (PERLMAN, Daniel; COZBY, P. Chris. *Psicología Social*. 1ª edición en español [traducción Dra. Julia Norma SOTO SUÁREZ], México D.F.: Interamericana, 1988, p. 233), y, “La idea de lo que es normal o anormal en el sexo cambia con la época, y con el individuo. Como demostraron hace años Alfred Kinsey y sus asociados (1948, 1953), la mayor parte de los estadounidenses disfrutaban de actividades sexuales prohibidas por la ley, que no acepta la moral sexual actual. Como resultado de esto, la definición del comportamiento sexual anormal se ha reducido considerablemente en los últimos años.” (MORRIS, Charles G. *Psicología: Un Nuevo Enfoque*. 2ª edición en español [traducción de la séptima edición en inglés de *Psychology an Introduction* por Guillermina CUEVAS MESA]. Prentice-Hall Hispanoamericana, 1992, p. 577).

¹¹² Confróntese PIERANGELI, *El Consentimiento*, pp. 114-115.

¹¹³ Para JESCHECK, *Tratado (Parte General)*, p. 341, “de no incluirse sólo las lesiones importantes, particularmente aquellas con daños permanentes, se puede desembocar en una improcedente moralización de la Administración de Justicia, y habiendo la jurisprudencia incurrido en más de una vez en este peligro al atender a la finalidad inmoral de la lesión”.

situación producida¹¹⁴; encierro, por largo tiempo, para practicar curaciones y sanación que no tienen un interés jurídicamente reconocido¹¹⁵; ejecución de lesiones sádicas en una mujer, y quien consiente para no perder el trabajo¹¹⁶⁻¹¹⁷.

Pero, el consentimiento sí es eficaz en lesiones sadomasoquistas que se dan en un contexto de relaciones sexuales ya que ellas tienen lugar sin provocar daño social y se desenvuelven en el ámbito de la privacidad y forman parte de la autodeterminación sexual¹¹⁸.

6. Bienes jurídicos sobre los cuales se puede consentir o acordar¹¹⁹ válidamente

Pudiendo consentir el interesado tan sólo si para él es factible sacrificar el bien cuya titularidad ostenta, sacrificio que no puede hacer si la protección penal recae sobre bienes de carácter colectivos, hay consenso en que los *bienes jurídicos* sobre los cuales se puede consentir válidamente son la propiedad, la integridad física, el honor, y la libertad¹²⁰, y con las limitaciones que a continuación se indican.

En relación a la propiedad, el consentimiento es válido siempre que el acto punible no constituya un delito de peligro común, esto es, que no afecte un interés general, como la seguridad pública, y que es lo que se afecta con los delitos de incendio (arts. 474, 475, 477 Cp [art. 179 ANCP]) y estragos (art. 480 Cp [art. 181 ANCP]), los que la ley sanciona incluso ocasionados en cosa propia (art. 482 inc. 1° Cp); el consentimiento del propietario de

¹¹⁴ ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 539-540, considera que consentimientos insensatos, y aunque hagan jurídicamente reprochable la conducta punible por falta de objetiva motivación, son suficientes para justificar la lesión puesto que el ordenamiento jurídico cuando garantiza a todo individuo libertad de acción garantiza ésta sin distinción de actuaciones sensatas o insensatas (en el caso específico, la paciente consideró que sus jaquecas se debían al empaste de sus dientes a pesar que su médico tratante le aseveró que ello no era así y el cual, ante la insistencia, la derivó finalmente a un dentista quien, advertido por el médico tratante y habiendo comprobado por sí la efectividad de la advertencia, ante la porfía de la mujer, procedió a extraerle los dientes y sin que, posteriormente, y como era obvio, hubieren desaparecido las jaquecas).

¹¹⁵ Confróntese JAKOBS, *Derecho (Parte General)*, pp. 527-528.

¹¹⁶ Confróntese WELSEL, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 101.

¹¹⁷ En cambio, y siendo de diaria ocurrencia, son lesiones en las cuales el consentimiento es eficaz la realización de tatuajes y la colocación de “piercing”.

¹¹⁸ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 530.

¹¹⁹ En esta parte, el término consentimiento empleado importa también mención del acuerdo y en los casos que la aceptación del interesado excluye el tipo penal, v. gr., violación de domicilio (art. 144 Cp), violación de correspondencia (art. 146 Cp), etc.

¹²⁰ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 514-523. Para ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, p. 169, “el consentimiento del interesado no procede en delitos que se refieren a bienes jurídicos comunes ... no procede en delitos contra la integridad corporal, salvo la autolesión. En los delitos contra la propiedad se admite uniformemente que el consentimiento del interesado hace desaparecer la ilicitud habiendo, incluso, referencia expresa en el hurto y el robo, excluyéndose sólo los casos en que se compromete un interés general, como la seguridad pública u otro semejante. En delitos contra la honestidad la regla general es la improcedencia no así en delitos en que aparece comprometida la libertad sexual. En delitos contra la libertad no tiene validez si el sujeto activo es empleado público que abusa de sus funciones pero en los demás casos el consentimiento del interesado podría justificar el acto. En los delitos contra el honor la eficacia del consentimiento parece ser la buena doctrina ya que en principio no se advierte por qué la libertad sería más renunciable que el honor”.

un inmueble en que otro lo incendie no es válido y, bajo ciertos aspectos, puede aquél constituirse en coautor¹²¹.

En los delitos ya señalados, el modo de comisión es lo que determina al legislador prohibir al dueño destruir lo que es de su dominio por incendio o estrago y, por aquella consideración, es posible también atribuirle irrelevancia al consentimiento en delitos de usurpación violenta (art. 457 Cp [art. 153 ANCP]) y usura (art. 472 Cp [art. 310 ANCP]) y reconocerlo relevante en casos de usurpación no violenta (458 Cp)¹²², destrucción o alteración de deslindes (art. 462 Cp [art. 154 ANCP]), daños simples (art. 487 Cp [art. 140 ANCP]), falsificación de instrumento privado (art. 197 Cp [art. 240 ANCP]), etc.¹²³.

Por la forma o manera como se da el ataque al bien jurídico y estimado que en ocasiones la tutela penal no siempre se presta a los derechos subjetivos en su calidad de tales, el consentimiento es improcedente en el caso del robo, que siempre importa peligro para las personas (v. gr., robo con fuerza, arts. 440, 442, 443 Cp)¹²⁴, incluso peligro o daño de la vida, salud o seguridad (v. gr., robo con violencia o intimidación, art. 436 inc. 1° Cp)¹²⁵.

Acerca de la integridad física, el consentimiento es efectivo tratándose de lesiones pues éstas ocasionadas por un tercero importan una autolesión¹²⁶, suceso atípico salvo que su producción vaya dirigida a obtener eludir el cumplimiento de obligaciones militares¹²⁷, y, debiendo sí causarse aquéllas bajo un actuar que no debe significar una desaprobación jurídica del motivo de la actuación.

¹²¹ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 516.

¹²² No se contempla en el ANCP.

¹²³ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 516-517. (en la obra citada a confrontar se incluye el delito de estafa como ilícito respecto del cual se puede consentir pero no lo contemplamos toda vez que para su comisión requiere engaño, actuación ésta que no cumple con uno de los requisitos del consentimiento, y como es “libertad y conciencia”)

¹²⁴ Art. 150 ANCP (en el Anteproyecto sólo se contempla el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, abandonándose las distinciones actuales, como ser “lugar no habitado” o “en bienes de uso público o sitio no destinado a la habitación”).

¹²⁵ Art. 151 ANCP (se prevé, en el inciso segundo, imposición de pena de reclusión mayor en su grado mínimo si se ha hecho uso de armas y se ha puesto en peligro la vida o la integridad corporal de quienes se encontraban en el lugar, y pudiéndose imponer la pena inferior en grado cuando no se haya hecho uso de armas y en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando, además, las restantes circunstancias del hecho).

¹²⁶ Como indica COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, pp. 519-520, “No hay diferencia entre una acción lesiva consentida y una autolesión y el tipo delictivo que aquélla puede configurar si se realiza dolosamente se elimina precisamente, en su antijuridicidad, mediante el consentimiento, dado con los requisitos legales y, de consiguiente, la amputación de un miembro, la quemadura de otro, la ablación de un riñón, la extracción de sangre o de leche materna, el corte de cabello, se encuentran justificados por el consentimiento”.

¹²⁷ Art. 295 CJM: “El que, por su propia voluntad y con el objeto de sustraerse de sus obligaciones militares, se mutilare o se procurare una enfermedad que le inhabilite para el servicio, aunque sea temporalmente, será castigado con la pena de ...

En tiempo de guerra, la pena será de ...”.

En lo que atañe a la integridad moral, y dando a ésta su más amplia acepción, o sea, injurias (art. 416 Cp [art. 126 ANCP]), calumnias (art. 412 Cp)¹²⁸, usurpación de nombre (art. 214 Cp)¹²⁹, etc., el consentimiento puede ser justificante sin perjuicio que, siendo la honorabilidad un concepto de valoración subjetiva y por lo cual la conformidad del interesado puede estar motivada por la intrascendencia de la acción respecto de él, cabe incluso afirmar para estas situaciones falta de tipicidad.

Y, en los delitos objetivamente lesivos del honor puede ocurrir que el interesado consienta por hallarse en una situación de prestigio tal que queda inmune su integridad moral o bien prefiere aprovechar la circunstancia para acallar los rumores o malentendidos que se han generado sobre su honestidad u honorabilidad, como ocurre, por ejemplo, con personas que ejercen cargos políticos¹³⁰.

En lo que concierne a la libertad individual, la aceptación del titular es eficaz siempre que el sujeto activo no sea un funcionario público que procede ilegal y abusivamente y por lo que el consentimiento (acuerdo) produce efecto respecto del secuestro (art. 141 Cp [art. 114 ANCP]) pero no si se trata del destierro, arresto, o detención de persona que realiza, ilegal y arbitrariamente, un empleado público (art. 148 Cp [art. 118 ANCP]).

Al comprenderse en el concepto de libertad tanto la ambulatoria como la espiritual o moral, la libertad en la esfera de la intimidad -entendida ésta también como privacidad-, y la libertad sexual, el consentimiento (acuerdo) es válido en delitos como violación de domicilio (art. 144 Cp [art. 132 ANCP]), violación de correspondencia (art. 146 Cp [art. 133 ANCP]), interceptación o grabación o reproducción de comunicaciones o conversaciones de carácter privado (art. 161-A Cp [art. 134 núms. 1 y 3 ANCP]), violación (art. 361 Cp [art. 98 ANCP]).

Son entonces bienes jurídicos sobre los cuales no cabe consentimiento o acuerdo la seguridad exterior e interior del Estado, la administración pública, la administración de justicia, la fe pública, la tranquilidad y seguridad públicas, el orden de las familias -con ciertas excepciones-, la moralidad pública, la vida, y la salud¹³¹.

7. Fundamento jurídico del consentimiento

Como ya se ha expuesto, la aceptación de una conducta punible que afecta a un bien jurídico disponible y cuya lesión no desaparece importa ausencia de interés del titular del derecho en obtener protección jurídica y, por ende, la afección no amerita sanción penal ya que la anuencia del titular hace que la conducta no sea antijurídica formalmente, que sea conforme a derecho y, así, el consentimiento incide en la antijuridicidad, constituye causal de

¹²⁸ No se contempla en el ANCP.

¹²⁹ El art. 244 del ANCP dispone: “El que de cualquier forma suplante a otra persona será castigado con reclusión menor en su grado mínimo. La pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio si la usurpación se realiza ante la autoridad pública o si provoca perjuicio en la persona suplantada”.

¹³⁰ Confróntese COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 521.

¹³¹ Confróntese ETCHEBERRY, *Derecho (Parte General)*, t. Primero, p. 169.

justificación, y está en armonía con la libre autodeterminación y no en contradicción con ésta.

Atacando el delito a un bien jurídico que puede libremente ser dispuesto o sacrificado por quien lo ostenta, la aceptación de un hecho típico por parte del interesado es solamente la fiel expresión del bien de que se trata y no pudiéndose confundir el objeto del hecho con el bien jurídico propiamente tal; por eso, si un propietario consiente en que su televisor otro se lo destruya no afecta el bien jurídico patrimonio o propiedad sino sólo está ejerciendo, y a través de un tercero, la facultad de disposición¹³².

Quien se abandona a las manos de un barbero consintiendo en que éste al término de la sesión le deje como resultado -verbalmente anticipado- un bigote semejante a la raya de un lápiz, que es a todas luces hilarante, no ha sido menoscabado en su libertad de disponer sobre el trato que da a su cuerpo sino que, muy por el contrario, ha sido ayudado en la realización de su imagen corporal; igual puede afirmarse del individuo que se deja atender, y previamente informado del resultado futuro, por un podólogo, un cirujano plástico, etc.¹³³.

Por demás, la propia Constitución Política de la República (CPR) sirve de base para consagrar el consentimiento como justificante si no es posible ello desprenderlo del tipo legal del delito ya que en ella se establece, en las bases de la institucionalidad, “la dignidad del ser humano y su libre desarrollo”, y además le asigna al Estado la tarea de “estar al servicio de la persona humana y tener como fin promover el bien común y para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”¹³⁴, es decir, el consentimiento del interesado, y en tanto importe “*el libre desarrollo de la personalidad*”, es justificante¹³⁵.

¹³² Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 517.

¹³³ Confróntese ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, p. 517.

¹³⁴ Confróntese CPR, art. 1º, incs. 1º y 4º.

¹³⁵ Y, dado que el libre desarrollo de la personalidad lo contempla como derecho fundamental la Constitución Política española (art. 10 N° 1), MIR P., *Derecho (Parte General)*, p. 508, estima que “el consentimiento eximirá cuando ello así se desprende del respectivo tipo penal, o una norma le conceda expresamente eficacia justificante, pero también cuando el consentimiento pueda verse como el libre desarrollo de la personalidad”. Una vía de negación de la validez del consentimiento es sostener que el Derecho Penal no tiene por fin proteger bienes jurídicos ya que éstos perecen sin que sea necesario que alguien haga algo por ello. P. ej., la vida, la propiedad y otros bienes, están llamados, ineludiblemente, a extinguirse por el simple transcurso del tiempo, y, por eso, al Derecho Penal sólo le cabe mantener la expectativa de hacer efectiva la vigencia del bien jurídico y mientras éste perdura, que no se ataque por otros, esto es, la legislación penal tiene por finalidad garantizar la vigencia de la norma. Así, cada miembro de la sociedad debe tanto abstenerse de lesionar a otros como también actuar cumpliendo un rol positivo consistente en configurar, al menos en un determinado campo y con otro, un mundo común y ocuparse de él y, por tanto, el policía que golpea a un particular afecta a éste e igualmente a la norma que le impone el deber especial de participar en la realización de una policía íntegra, es decir, no existen prohibiciones ni mandatos genéricos de lesión y salvación sino solamente normas que afectan a personas competentes las que como tales, sin ser meros titulares de bienes jurídicos, tienen el rol de no lesionarse y abstenerse de lesionar a otro que lo ha pedido ya que “no lesionar” no significa, jurídico-penalmente, no adquirir relevancia causal para una lesión sino que el “no ser competente por una lesión” (confróntese JAKOBS, Günther. “¿Qué Protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?”. En: *El*

En el *acuerdo* la aceptación del interesado en sí no requiere de fundamento legal y por cuanto la anuencia hace la conducta del agente atípica, supone la no existencia de lesión efectiva de un bien jurídico, y como acontece con el acceso carnal forzado por vía vaginal libremente consentido por una menor de ya catorce años de edad y que a cuyo respecto no se da el abuso o engaño propio del estupro, y, *acceso* que por la aceptación no puede originar un delito de violación y la consiguiente afección del bien jurídico pertinente: libertad sexual y honestidad.

8. La eutanasia: ¿una situación especial de consentimiento?

En el caso de la eutanasia, esto es, “*la muerte sin dolor o con los menores padecimientos posibles*”¹³⁶ que se da a una persona que sufre sin esperanza de mejoría, y a pedido serio y expreso de ésta y para ahorrarle mayores sufrimientos, como también la que se da a enfermos incurables, y que no lo han solicitado, no hay norma que la establezca y por lo cual una muerte producida en alguna de las condiciones descritas se inserta, necesariamente, dentro de la figura del homicidio y sin que quien ocasiona el deceso pueda invocar, a su situación, el consentimiento del titular o interesado como causal de justificación o, en su defecto, como causal de atenuación de responsabilidad penal, y manteniéndose incólume la responsabilidad penal del agente, y, sin perjuicio que, atendida las circunstancias, podría alegar el “haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente le han producido arrebatos u obcecación”¹³⁷⁻¹³⁸⁻¹³⁹.

Sistema Funcionalista del Derecho Penal: Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima 29, 31 de agosto y 1 setiembre 2000). Grijley (Instituto Peruano de Ciencias Penales y Universidad de Piura, Biblioteca de Autores Extranjeros N° 6), pp. 43-49.

No obstante, convertir a la norma jurídica en objeto legítimo de la protección penal es hacer pasar a aquélla de instrumento a fin en sí mismo y desconocer que los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad y los deberes cargas, y que se establecen para beneficio de otros, y correspondiendo, en Derecho Penal, los derechos a los bienes jurídicos y las cargas a normas prohibitivas siendo, de consiguiente, la contraposición de unos con otros, o sea, la infracción de un deber más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario (confróntese MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, Normas y Antijuricidad Penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, núm. 06-02, pp. 6-7. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>); un Derecho Penal preocupado de la autoridad de la norma encuentra lo indeseable de un hecho penalmente antijurídico en la desobediencia de la norma penal y no en la infracción culpable de ésta y, en consecuencia, los hechos no estarán prohibidos por ser malos (*prohibitum quia malum*) sino que un hecho será malo por estar prohibido (*malum quia prohibitum*) y, a la vez, el legislador queda descargado de la necesidad de justificar sus prohibiciones por el daño social de los hechos penados (confróntese MIR P., “Valoraciones”, p. 16).

¹³⁶ SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 8ª edición. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 63-64.

¹³⁷ Confróntese ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª edición (revisada y actualizada). Editora Nacional Gabriela Mistral (Chile), 1976, t. Tercero, pp. 27-28.

¹³⁸ Según RIGHI, “La Revalorización del Consentimiento”, p. 186, “...El médico, desde que asumió la responsabilidad del tratamiento está en posición de garante y, por lo mismo, exigiendo el paciente el tratamiento hasta el último de sus días, la interrupción de la medicación hace responsable al galeno, en caso de muerte, por homicidio por omisión. Y, si el proceso de muerte ha comenzado de modo definitivo y el paciente además carece de conciencia de manera irreversible, la interrupción de la medicación por parte del facultativo no lo hace responsable del fallecimiento producido puesto que la posición de garante dice relación con

9. Armin Meiwes ... ¿un caso paradigmático de consentimiento?¹⁴⁰

“Buscando a joven, en buena forma, de 18 a 30 años, para matanza”. Este aviso publicado nuevamente en una sala de chat dio el indicio a la policía alemana para dar con la pista de Armin Meiwes y capturarlo un año después. Meiwes, un hombre alto, de complexión recia, rubio, de cabello corto, frente amplia, ojos ligeramente hundidos, nariz aplanada, fue presentado a la justicia germana como autor del homicidio de Bernd Jürgen Brandes, de 42 años, quien, en la mañana de su desaparición, 9 de marzo de 2001, después de dejar testamento notariado cediendo todas sus posesiones a su novio Rene -con el que vivía-, condujo 300 kilómetros, desde Berlín hasta Rotenburg, para encontrarse con Armin Meiwes, en cuya casa se encontró un video que muestra como éste le corta el miembro a Bernd para, luego de cocinarlo, comérselo entre los dos. En el video, grabado con una filmadora casera, se puede ver todo el proceso, incluyendo la muerte de Bernd, la desmembración y congelación de otras piezas de su cuerpo para su conservación y consumo posterior.

Meiwes, quien no fue declarado incapacitado mentalmente, declaró “Mi amigo disfrutó muriendo, su muerte. Yo sólo esperé horrorizado que acabara después de haber cometido el hecho. Fue terriblemente largo”. Hasta el final del primer juicio, Meiwes, quien se mantuvo

mantener o prolongar la vida pero no el mantenimiento de meras funciones biológicas cuyo efecto es el aplazamiento artificial de la muerte cerebral”.

¹³⁹ Existen tres tipos de eutanasia: activa, pasiva, e indirecta. Eutanasia activa es la abreviación de la vida de quien tiene amplias perspectivas de sobrevivir pero sólo en condiciones que hacen indigna su existencia (p. ej., un parapléjico, un enfermo de cáncer que motivo de su enfermedad experimenta fuertes e insufribles dolores). Eutanasia pasiva es la desconexión de los medios de mantenimiento artificial de la vida, y siempre que el mismo paciente o quien puede hacerlo por él no manifieste voluntad expresa de mantenerse conectado a medios artificiales de sobrevivida. Eutanasia indirecta es el suministro al paciente -cuyo tratamiento terapéutico no lo cura de su padecimiento- de fármacos que eviten los sufrimientos o dolores experimentados aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida (confróntese POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte Especial)*, pp. 39-44, y quienes tratan ampliamente el tema, en especial las distintas clases de eutanasia y su situación en Chile, y la legalización de la eutanasia en algunos países de Europa).

Siempre conforme a la *lex artis*, el inc. 3° del art. 23 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile permite la eutanasia pasiva, y al disponer que: “Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia.” y, el inc. 2° del art. 23 citado, faculta la eutanasia indirecta al establecer que: “El médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida.” (confróntese POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., *Lecciones (Parte Especial)*, pp. 38-39). (Código de Ética Colegio Médico de Chile en internet: http://www.colegiomedico.cl/area_gremial.asp?ids=353). Otra opinión RIGHI, “La Revalorización del Consentimiento”, p. 186, y para quien “la eutanasia es activa cuando el comportamiento del autor produce la muerte en forma directa o indirecta, mediante una terapia destinada a eliminar dolores o sufrimientos insoportables”). Otra opinión SERRANO GÓMEZ, *Derecho (Parte Especial)*, p. 64, que señala que la eutanasia solamente puede ser “activa”, consistente en la ayuda a morir a personas que así lo desean y como consecuencia de una enfermedad grave incurable o que produce graves padecimientos permanente y difíciles de soportar, o bien “pasiva” (ortotanasia), consistente en no prolongar la vida dejando al enfermo a expensas de sus recursos físicos.

¹⁴⁰ Caso Meiwes, notas incluidas, en <http://elforastero.blogalia.com/documentos/articulos/canibalcriminal.html>.

tranquilo e incluso sonriente ante las cámaras, señaló que "tenía esa fantasía, y finalmente la satisface. La fantasía nació cuando tenía 12 años".

Meiwes, detenido en diciembre de 2002, fue condenado el 30 de enero de 2004 a ocho años y medio de presidio. El Tribunal Federal Supremo (BGH) de Alemania, con sede en Karlsruhe (SW), levantó el 22 de abril de 2005 la condena impuesta a Meiwes ordenando repetir el proceso y aceptando así la petición de revisión de éste formulada por la Fiscalía Federal, la que considera que Meiwes es culpable de asesinato "por motivos bajos"¹⁴¹⁻¹⁴² y por lo cual solicitó que se le condene a cadena perpetua¹⁴³.

¹⁴¹ La Fiscalía alemana pidió la revisión del proceso de Meiwes al considerar que el crimen no fue un homicidio sino un asesinato para satisfacer sus apetitos sexuales; la defensa, que considera que el crimen fue homicidio con consentimiento de la víctima, no se sumó a la solicitud de revisar el proceso. Para las leyes alemanas, un asesinato presupone que hubo en la muerte de una persona "motivos bajos", "codicia" o "satisfacción sexual", lo que, en el parecer de los jueces de la Audiencia Provincial de Kassel, no se dio en Meiwes porque con el crimen ambos satisficieron sus fantasías de mutuo acuerdo. El asesinato se suele castigar en Alemania con cadena perpetua mientras que en caso de homicidio las leyes prevén un mínimo de cinco años de presidio que pueden convertirse en cadena perpetua si se dan circunstancias especialmente graves. El homicidio con consentimiento de la víctima, delito considerado análogo a la eutanasia activa, supuesto del que partía la defensa, se castiga con penas de presidio de entre seis meses y cinco años.

El Tribunal Federal Supremo (BGH) de Alemania, con sede en Karlsruhe (suroeste), según se anuncia el 13 de abril de 2005, inició la revisión del proceso contra Meiwes y la Fiscalía Federal al solicitar la revisión requirió cadena perpetua y fundado en que el crimen no fue un homicidio sino un asesinato por motivos bajos pues "despojó a la víctima de su dignidad y lo hizo sin escrúpulos, por impulso de su propia pasión sexual"; Meiwes no sólo asesinó sino que lo hizo para cometer a continuación otro delito, como es en Alemania la "perturbación del descanso de los muertos". La Fiscalía, junto con la petición de condena a Meiwes a cadena perpetua, pidió que se constate una "culpa grave" en el crimen, lo que impediría a Meiwes salir de la cárcel transcurridos 15 años, tiempo máximo de permanencia en prisión en Alemania a no ser que la sentencia especifique lo contrario. El abogado de Meiwes (Harald Ermel) no ve motivos para endurecer la condena de los jueces de Kassel pues considera que el argumento de que Meiwes despojó de su dignidad a la víctima no es válido porque "la víctima renunció a esa dignidad".

¹⁴² Diario EL MERCURIO (Chile), miércoles 6 de mayo de 2006, pág. A 6: 'Alemania. Cadena perpetua para el "caníbal de Rotemburgo". FRANCFORT.- El informático alemán Armin Meiwes, ... fue condenado ayer a cadena perpetua por asesinato después de haber matado, descuartizado y haberse comido gran parte de los órganos de otro hombre ... El juicio ... fue el segundo que se celebra contra Meiwes, ..., por el crimen cometido en marzo de 2001, ya que la condena anterior, de ocho años y medio de prisión, había sido anulada por la Corte Federal'.

¹⁴³ Cp alemán: § 211: "Asesinato

(1) El asesino se castigará con pena privativa de libertad de por vida..

(2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano."

§ 212: "Homicidio

(1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años.

(2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de libertad de por vida."

§ 213: "Caso leve de homicidio

Si el homicida sin culpabilidad fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario se presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años."

§ 216: "Homicidio a petición

10. Reconsideración: ¿puede el consentimiento extenderse a todo bien jurídico individual, incluida la vida?

Aunque no se cuenta con un precepto legal que contemple de manera expresa el consentimiento del interesado y menos todavía respecto del bien jurídico *vida*, salvo a futuro y en tal caso atribuyendo a la aceptación mero efecto de atenuación de responsabilidad penal¹⁴⁴⁻¹⁴⁵⁻¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, no es baladí indagar acerca de la posibilidad de renunciar a existir y

(1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de libertad de seis meses a cinco años

(2) La tentativa es punible.”.

§ 168: “Perturbación al descanso de los muertos

(1) Quien sin autorización sustrae de la custodia de quien tiene derecho un cadáver, partes de una persona muerta, un feto muerto, partes de un feto muerto o las cenizas de un hombre muerto o quien cometa con ellos escándalo ultrajante, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o multa.

(2) ...

(3) La tentativa es punible.”.

¹⁴⁴ Véase Nota n° 10.

¹⁴⁵ Véase arriba Introducción.

¹⁴⁶ Queda sí excluido de la preceptiva futura todo agente que, aunque cuente con la petición expresa e inequívoca del llamado a morir, no obre por motivo piadoso, y con finalidad de impedir que se vea beneficiado con una doble atenuación ya que dicho motivo constituye una atenuante de responsabilidad penal, contemplada en el art 7 N° 2ª del ANCP.

¹⁴⁷ Por lo interesante, reproducimos, y en lo pertinente, las opiniones vertidas en la Comisión del Foro Penal sobre ANCP durante la discusión en torno a esta figura delictiva futura, el homicidio piadoso (art. 83 ANCP): ‘Observaciones recibidas a) Sobre la necesidad y conveniencia de incorporar el homicidio a ruego (1) De la Prof. Silvia Peña “Tengo mis dudas de que, en el caso del homicidio a ruego de enfermos terminales, el médico o enfermera que accede a poner fin a sus sufrimientos deba ser castigado como homicida, aún con pena atenuada. Lo mismo en el caso de la desconexión de personas mantenidas artificialmente con vida gracias a aparatos que suplen sus funciones neurovegetativas (respiración y circulación).” (2) Del Prof. Felipe Caballero “No me parece conveniente sancionar específicamente el homicidio consentido; toda vez que implica cerrar legislativamente las posibilidades de discutir en torno al alcance y límites del consentimiento, estableciéndose su casi nula relevancia (debido a que la diferencia de pena con el homicidio no consentido es bajísima) en materia de disponibilidad de la propia vida. Además la incorporación a la PE de esta figura reforzaría legalmente una hermenéutica autoritaria sobre los deberes del Estado respecto a la protección de la vida de los ciudadanos, con todas las conflictos y problemas que ello provocaría al momento de especificar dogmáticamente justificantes o exculpantes para resolver situaciones límites (eutanasia, ortotanasia, etc). El derecho a la vida garantizado constitucionalmente (art. 19 N° 1 CPR) no puede plantearse como un deber que le atañe al Estado de impedir la disponibilidad de la propia vida, ya que la dignidad y la libertad personal quedarían con muy poca capacidad dinámica para ser ponderados prevalentemente en un conflicto de interés con la vida.” ... (4) De la Prof. Myrna Villegas “El nuevo tipo penal de homicidio a ruego, en la modesta opinión de esta profesora informante, parece carecer de sentido, ya que se trata de una figura muy similar al auxilio al suicidio. No obstante, siendo más perspicaz, pareciera ser que nos encontramos con la penalización expresa de la eutanasia, contra la tendencia en boga en la legislación comparada, de suprimir este tipo penal. Sin ánimo de lege ferenda, considero que no aparece feliz la introducción de este nuevo tipo penal, no solo por esta razón, sino porque la conducta: matar a otro que lo solicita, en otras palabras, prestar auxilio a quien desea darse muerte a sí mismo, es perfectamente encasillable dentro del auxilio al suicidio.” ... D. Propuestas de redacción recibidas No hay. E. Redacción aprobada por el Foro Penal Art. 83. El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo. F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto Se acogen las observaciones recibidas en orden a precisar el móvil piadoso de la conducta, para no aplicar el privilegio a casos en que dicho móvil se halle ausente’. (altruismo y piedad suponen amor al prójimo con la diferencia sí que el primero, en

entregando a otro su término y debidamente ponderado que algunos congéneres, en todo tiempo y lugar, e impulsados en no pocas ocasiones por horribles sufrimientos físicos y/o psíquicos, han pedido a alguien que les quite la vida; y debiéndose tener presente que ordenamientos jurídicos extranjeros (v. gr., Holanda) permiten la muerte consentida, en contexto de enfermedades, y, decesos que caben sí dentro de lo que conocemos como eutanasia.

En el punto de partida, la protección de bienes jurídicos, hay que preguntarse si ¿Puede considerarse la *vida* -inherente al ser humano- un bien indisponible para su titular? Desde luego, y en un enfoque religioso, v. gr. la religión católica, ha de negarse la disponibilidad pues "*Yo doy la muerte y la vida*" dice Yavé¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Y, sin duda, para el derecho penal la vida es un bien jurídico indisponible ya que la muerte causada a otro la prevé como delito de homicidio (p. ej., arts. 391 y 392 Cp) mas, a su vez, no puede desconocerse que la conminación penal discurre sobre la base de poner fin a un viviente sin contar con la anuencia de éste para ello y por lo que la interrogante sigue vigente¹⁵⁰.

relación al segundo, importa un actuar incluso a riesgo propio y, por tanto, nos parece que el altruismo conlleva una ponderación de máxima consideración al tiempo en que hubiere aplicarse pena conforme lo dispone el art. 47 regla 5ª del ANCP [actual art. 69 Cp]).

¹⁴⁸ Deut. 32:39.

¹⁴⁹ Hace no mucho (14 nov. 2005), el Papa Benedicto XVI manifiesta: "Frente a la pretensión que a menudo aflora de eliminar el sufrimiento recurriendo incluso a la eutanasia es preciso confirmar la dignidad inviolable de la vida humana, desde la concepción hasta su término natural"; la enfermedad "constituye sobre todo una dimensión fundamental de la experiencia humana que interpela la misión de la Iglesia y la conciencia de los creyentes"; y "La Iglesia está llamada a ser solidaria con los enfermos, en primer lugar ayudando a ver la enfermedad y la muerte, no como una negación de lo humano, sino como un recorrido que en el camino del sufrimiento, de la muerte y de la resurrección de Jesús nos lleva a la verdadera vida, a la vida eterna" (en: <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=10769>).

¹⁵⁰ No son pocos los que consideran la vida como bien jurídico indisponible. P. ej., SERRANO GÓMEZ, *Derecho (Parte Especial)*, p. 51: "Surge el problema de si la persona puede disponer de su propia vida, a lo que hay que responder en forma negativa, pues la vida es un bien jurídico indisponible, aunque las conductas del suicida sean impunes. Se penaliza la participación de tercero, no las decisiones del sujeto sobre su propia vida"; JESCHECK, *Tratado (Parte General)*, p. 341: "La vida y la integridad corporal ocupan un lugar especial en el marco de los bienes jurídicos individuales. La muerte de uno mismo mediante hecho doloso no se justifica por el consentimiento. El hecho sigue siendo punible, ..."; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, pp. 642-643: "La cuestión general, del valor que ha de otorgarse al consentimiento, la planteamos aquí con particular referencia a la muerte dada al que la solicita. Nada más absurdo, ..., que tratar en esta caso de dar significado justificante a la solicitud del sujeto pasivo. Lo que constituye la esencia del delito es ser un acto antisocial y constituir un ataque al orden jurídico; ..., la voluntad privada, incluso la del ofendido, no puede tener el valor de borrar la criminalidad del acto, ..."; HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal: Obras Completas*. 1ª edición. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, t. III, pp. 95 y 108: "No puede hablarse de ... que hubiera de admitir con carácter general el homicidio consentido. Por el contrario, sigue confirmándose la valoración ... de que la tesis de la intangibilidad de principio (tabú) de la vida humana ajena no es sólo la convicción moral o atávica de un solo grupo, sino patrimonio intelectual de la generalidad ... La solución individualista extrema no podrá invocar las representaciones valorativas de la sociedad, máxime cuando de manera evidente ... la tendencia se dirige hacia una vinculación social más intensa del individuo" y "... debe rechazarse el planteamiento ... de eliminar la punibilidad en todos los hechos cometidos con consentimiento (no viciado) del lesionado, incluyendo los homicidios dolosos ... Tal planteamiento lleva a cabo deducciones jurídico-penales desde un punto de vista extremadamente individualista que si bien son intelectualmente atractivas por su valor para llegar a posiciones coherentes, tienen muy poco en cuenta la vida social y sus relaciones."

El suicida exitoso, cuyo cuerpo muy antaño era expuesto, atacado o destruido e impedido de reposar en cementerio, no puede ser castigado pero no por eso no ha de pretenderse punir a quien dio auxilio para morir ya que, de no ser así, el derecho a disponer de la vida propia estaría creando para otro el derecho a matar; a igual creación daría lugar el enfermo terminal que para cesar los sufrimientos que padece pide que acaben con su existencia.

Sin embargo, al ser el bien jurídico fundamento de la imputación penal y la pena una forma de defenderlo y por lo que el derecho penal sirve a la función de protegerlo y a través de la prevención de delitos, los bienes jurídicos no son sino “las condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales y siempre que dichas condiciones se traduzcan en posibilidades concretas de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”¹⁵¹ y, por lo mismo, es patente que la muerte acaecida por un suicidio asistido o por eutanasia no afecta la participación social¹⁵², y, pudiendo solamente mantenerse la punibilidad del homicidio consentido “*teniendo en cuenta que la concurrencia de una decisión autónoma sobre la propia vida tras la muerte de la víctima sólo se podrá demostrar indubitadamente a lo sumo en casos de suicidio por propia mano, pero no en caso de actuación de tercero, y que el mandato de protección de la vida requiere la tabuización por principio de la vida ajena*”¹⁵³.

La inmoralidad o el reproche ético de un obrar no puede justificar una amenaza penal si aquélla no afecta los presupuestos de una coexistencia pacífica y tampoco la conminación puede materializarse necesariamente respecto de comportamientos que atenten incluso contra la dignidad humana si de tales ataques no resultan perjuicios a terceros, e indignidad susceptible de afirmarse, por ejemplo, si un individuo, asuma o no un papel pasivo, realiza prácticas sexuales con animales¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Las personas, diariamente, ven cernirse sobre sí amenazas por conductas ajenas como propias (v. gr., malos hábitos alimenticios, ingesta de drogas socialmente aceptadas: alcohol y cigarrillos) pero tales actos no pueden ser objeto del derecho penal si no aquejan a alguien

Otra opinión COUSIÑO M., *Derecho Penal*, t. II, p. 519: “Se acostumbra a decir que la vida y la integridad personal son ... INDISPONIBLES. La premisa es exacta a medias, pues ... la ley ... no coarta el ejercicio de actividades peligrosas, sino que a menudo las fomenta -los deportes violentos, las carreras automovilísticas ... En otros casos, de peligro para la seguridad exterior, llama a los ciudadanos a las armas, a pesar de los riesgos que afronta, y no impide que salgan al extranjero a combatir bajo otro pabellón, ... la ley protege la vida ... frente a ataques dolosos de terceros, pero las emplea en defensa de su soberanía; en otras hipótesis, no interviene en la libre disponibilidad de ellas.”

¹⁵¹ Confróntese MIR P., *Introducción*, p. 123

¹⁵² Confróntese MIR P., *Introducción*, p. 122

¹⁵³ ROXIN, *Derecho (Parte General)*, t. I, pp. 58-59.

¹⁵⁴ Confróntese ROXIN, Claus. *Problemas Actuales de Dogmática Penal*. 1ª edición (traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ). ARA (Perú), 2004, pp. 26-28.

¹⁵⁵ Como expone QUINTERO OLIVARES, *Curso (Parte General)*, p. 443, “Es preciso revisar ... cuales son los bienes disponibles o que derechos son intangibles por vía de limitación por amenaza penal. Y ..., en cumplimiento del principio de intervención mínima, y acatando la idea de que el Derecho penal no ha de usarse para imponer códigos morales, sino para posibilitar la convivencia, sin más represión que la indispensable, prescindir de todas aquellas normas que expresen esencialmente un criterio moral, por respetable que sea éste y aun cuando lo podamos personalmente compartir.”

contra su voluntad; es más, el suceder del existir de cada cual y conforme a un proceder propio y voluntario es, simplemente, parte constitutiva del derecho a realizarse y en esto no puede tener injerencia el Estado¹⁵⁶ ya que, si así fuere, el *ius puniendi* se convierte en instrumento para proteger al individuo contra sí mismo y en negación de la libertad que le es inherente; una intromisión estatal en la actividad de un sujeto cuyo propio hecho lo aflige es excusable sólo en relación a quien tiene autonomía deficitaria, esto es, persona con trastornos psicológicos o mentales, o que padece de coerción, error o similares, o bien que no ha alcanzado todavía madurez suficiente, como ser un joven¹⁵⁷.

“Lo que hace legítima la intervención coactiva del Estado no es la ejecución por medio de la fuerza de cometidos religiosos o morales sino que la creación y mantenimiento de un sistema social determinado y en beneficio de los individuos que lo integran lo cual significa que la punición de una conducta se justifica en cuanto ello es necesario para resguardar a la sociedad, es decir, el *ius puniendi* ha exclusivamente de ejercerse respecto de hechos disfuncionales para el sistema social, con independencia de su gravedad moral”¹⁵⁸; tan sólo cabe penalizar el proceder socialmente dañoso, o sea, “todo fenómeno disfuncional social que, junto con lesionar un bien jurídico, impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia”¹⁵⁹.

“El concepto de bien jurídico se formula como arma contra una concepción moralizante del derecho penal y, por eso, para declarar una conducta como delito no basta con que suponga infringir una norma ética o divina sino que también es necesario, ante todo, la prueba que lesiona intereses materiales de otra persona, que lesiona bienes jurídicos”¹⁶⁰;

ello tampoco significa que el derecho penal se limita a sancionar meros procesos causales del mundo físico natural y prescindiendo de hechos dotados de sentido y con diferencia axiológica (injustos específicos) y, por tanto, para la pretensión punitiva estatal tampoco puede dejarse de lado, sin más, la voluntad de realización del autor¹⁶¹.

Además,

“parece, ..., excesivo considerar que todo suicidio es producto de una enfermedad mental que anula la libertad y autonomía del suicida hasta el punto de convertirlo en un inimputable fácilmente manipulable por un tercero. El suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica

¹⁵⁶ Confróntese ROXIN, *Problemas Actuales*, p. 33.

¹⁵⁷ Confróntese ROXIN, *Problemas Actuales*, p. 33.

¹⁵⁸ Confróntese MIR P., *Introducción*, p. 119.

¹⁵⁹ Confróntese MIR P., *Introducción*, pp. 118-119.

¹⁶⁰ Confróntese HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal* (traducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis). Barcelona: Bosch, 1984, p. 37.

¹⁶¹ Confróntese GRACIA MARTÍN, Luis. “El Finalismo Como Método Sintético Real-Normativo Para la Construcción de la Teoría del Delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, núm. 06-02, p. 11. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>.

conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad.”¹⁶²⁻¹⁶³.

Tratándose de enfermos que experimentan graves sufrimientos (parapléjicos, etc.), la vida que protege el derecho penal no puede ser únicamente la biológica bajo cualquier circunstancia y sin consideración también de la vida digna, opuesta ésta a la humillante que es soportar un tormento indefinido, y siendo paradójico que quien siendo autosuficiente, dotado de movilidad y sufriendo al extremo, tenga posibilidad de suicidarse sin ser perseguido si fracasa a diferencia del impedido para actuar¹⁶⁴⁻¹⁶⁵.

En una sociedad pluralista y democrática no puede ignorarse que la decisión de alguno de concluir sus días, por mano propia o ajena, puede constituir la máxima expresión de la libre autodeterminación de la vida, más aún si quien decide lo hace libre, espontánea, y expresamente, y sin que sea de justicia exigir u obligar a vivir a quien no quiere hacerlo porque, de otra manera, se reduce al *hombre* a medio y no se le contempla como fin en sí mismo.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. “Provocación al Suicidio Mediante Engaño: Un Caso Límite Entre Autoría Mediata en Asesinato e Inducción y Ayuda al Suicidio”. *Doctrina Penal*. Año 10. N° 37 a 40. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 257.

¹⁶³ Sin duda que hay decisiones no libres, aún tratándose de personas que a simple vista aparecen como muy dueñas de sí, y ello se deberá normalmente a significativas afecciones, como la depresión, y que es lo que sucedió con la actriz, directora, y escritora británica Sarah Kane (03/02/1971-20/02/1999) quien, con recién 28 años cumplidos, acabó con su vida -después de intento previo dos días antes con barbitúricos- ahorcándose. Por cierto, una de sus obras: 4:48 Psicosis, que se estrenó después de su muerte, hace referencia a la hora en que estadísticamente se cometen la mayoría de los suicidios (información sobre Sarah Kane en internet: <http://www.iainfisher.com/kane/esp/kansov.html> (Sarah Kane y un vistazo a su trabajo)).

¹⁶⁴ Corresponde a parte de los motivos de reclamación ante el Comité de Derechos Humanos Naciones Unidas en nombre de Ramón Sampedro Cameán, de 28 de marzo de 2001, en contra del Estado Español y por no haber permitido éste que se autorizase a un médico suministrar sustancias necesarias para poner fin a la vida del Sr. Sampedro, quien contando ya con 25 años de edad, el 23 de agosto de 1968, sufrió un accidente que le produjo una fractura de vértebra cervical y una tetraplejia irreversible (información en: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/b8a8809f18fd2e7cc1256e910054d1b1?OpenDocument&Highlight=0,1024%2F2001>).

¹⁶⁵ “Estoy lejos del perfil suicida, pero no quiero vivir una fase terminal”. A Elena Vázquez le diagnosticaron a los 23 años esclerosis múltiple. Hoy, a sus 45, ha pasado media vida, o toda una vida, porque desde entonces finalizó su carrera, realizó una tesis y aprobó las oposiciones de docente en la Universidad de Santiago, donde es además vicedecana de la Facultad de Matemáticas. Su currículum es buena muestra de su vitalidad y su optimismo, pero ella no olvida que puede llegar el momento en el que su enfermedad le impida hacer muchas de las cosas que más le gustan, un momento para el que defiende su derecho a recurrir a la eutanasia. “No creo que haya gente en el mundo con más ganas de vivir que yo. Estoy muy lejos del perfil de un suicida, soy todo lo contrario, pero no quiero vivir una situación terminal en la que esto que vivo con tanta alegría se vaya derrumbando”... La suya, destaca, es una opción personal que no quiere imponer a nadie en una situación similar. Pero a cambio pide lo mismo y sugiere que se abra la posibilidad de la eutanasia activa, ya autorizada en Holanda. “Al menos deberían considerarse los casos en los que el dolor físico o psíquico es tan fuerte que uno prefiere abandonar este mundo” (http://www.elcorreogallego.es/index.php?option=com_content&task=view&id=29391&Itemid=9 (“Estoy lejos del perfil suicida, pero no quiero vivir una fase ...El Correo Gallego - 9 Nov 2005... similar. Pero a cambio pide lo mismo y sugiere que se abra la posibilidad de la eutanasia activa, ya autorizada en Holanda. “Al ... [fecha de acceso: noviembre 2005]).

“... ni desde una Ética ni desde un derecho que antepongan la libertad a todo lo demás debe negarse el derecho al suicidio. Una vez aceptado este derecho, habrá de hacerse extensivo a las diferentes formas de participación: auxilio, inducción y ejecución del suicidio ajeno. Sólo así habremos afirmado la no instrumentalización de la persona; sólo así habremos dado su verdadero e íntimo sentido al término <<libertad>>, y sólo así estaremos otorgando al ser humano toda la dimensión que su dignidad como persona merece.”¹⁶⁶.

Habiendo anteriormente reconocido la plena libertad e igualdad en dignidad y derechos a cada persona y encomendado al Estado servir a cada una de éstas contribuyendo a crearles las condiciones que les permitan su mayor realización espiritual y material posible (art. 1º, incs. 1º y 4º, CPR)¹⁶⁷, el aseguramiento y protección de la vida que realiza la CPR, en el artículo 19 N° 1, inciso 1º¹⁶⁸, autoriza o lleva implícito el disponer de la existencia propia pues la *garantía* no es tal o deja de serlo si por la norma sólo se impone un deber de vivir y en aras del interés social o como resultado de estrategias paternalistas o intervencionistas estatales anuladoras de la libertad personal para decidir el destino de la propia vida; una imposición de vivir es negación de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y, asimismo, de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁶⁹.

“Negar la disponibilidad de la vida significa reconocer que intereses de naturaleza social (como ser cumplimiento de deberes con el Estado, cargas económicas que asumir, etc.) o moral (mantenimiento del tabú de la vida, interpretación paternalista del Estado del bienestar individual o de qué es lo mejor para el individuo, etc.) son más importantes que la libertad individual, hasta el punto de que deben sobreponerse y anular la capacidad personal para decidir lo que se quiere hacer con la propia existencia.”¹⁷⁰.

Basta representarse la dantesca escena de quien mutilado por causa de un accidente de tránsito, y sin poder ser asistido médicamente en lo inmediato, agoniza en la calzada sin

¹⁶⁶ COBO DEL ROSAL, M; CARBONELL MATEU, J. C.. “Delito contra las personas. Auxilio e inducción al suicidio”. En: *Derecho Penal: Parte Especial*. Coordinador T. S. VIVES ANTON. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 555.

¹⁶⁷ “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” (art. 1º, inc. 1º, CPR), “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad ... su mayor realización espiritual y material posible...” (art. 1º, inc. 4º, CPR).

¹⁶⁸ “La Constitución asegura a todas las personas: ... El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

¹⁶⁹ En igual sentido GONZÁLEZ RUS, Juan José, y fundado en que la Constitución Política de España establece en su art. 10 N° 1 (Título I, De los derechos y deberes fundamentales) que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, ... son fundamento del orden político y de la paz social”, y en su art. 15, primera parte (Título I, Capítulo Segundo, Sección 1ª, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...” (confróntese GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Del Homicidio y sus formas (I) El Homicidio”. En: *Derecho Penal Español: Parte Especial*. Coordinador Manuel COBO DEL ROSAL. 2ª edición. Madrid: Dykinson, 2005, p. 72). (González Rus, si bien reconoce la disponibilidad de la vida, niega la posibilidad que la disposición pueda dejarse en manos de terceros).

¹⁷⁰ GONZÁLEZ RUS, “Del Homicidio y sus formas”, p. 72

perder la conciencia -por algún insondable misterio- y clama por morir para preguntarse si acaso ¿Debe el infortunado tolerar hasta el paroxismo antes que su vida se extinga?, ¿no podría quizás alguien terminar con su sufrimiento?, ¿su muerte por mano extraña traerá consigo una situación social disfuncional que afecte la subsistencia misma del conglomerado social? Y, así, son múltiples los ejemplos: personas enfermas que soportan afecciones con grandes dolores físicos; postrados o parapléjicos casi faltos de todo movimiento y absolutamente dependientes hasta para el más mínimo menester; etc.

La condena del agente, como ser en el homicidio a ruego y eutanasia, puede llevar a una solución injusta para un acto justo; y sin perjuicio que el *ejecutor*, en más de una ocasión, particularmente si no es sujeto que lidia de continuo con la muerte (como si lo hacen bomberos, médicos, policías y otros similares), podría asilarse en la no exigibilidad de otra conducta¹⁷¹, basada ésta en una fuerza moral irresistible (art. 10 N° 9 Cp), pues no es difícil imaginar la *violencia* que puede causar el sufrimiento ajeno en alguna de las circunstancias expuestas.

Siendo derecho humano¹⁷² la vida, sobre todo una que sea digna, lo que importa realizar lo necesario para mitigar el dolor, y como sería dejar a otro el destino del existir propio¹⁷³, a alguno cuyo *quid* comúnmente no es el peculiar del homicidio (v. gr., odio, codicia, etc.), y siempre asentado que quien adopta la decisión de llegar al final de sus días lo hace en forma válida, libre, espontánea, y expresamente, y en una propuesta de *lege ferenda*, somos de opinión que debiera establecerse ya cláusula general, del estilo de otros códigos penales, como ser italiano y colombiano¹⁷⁴, en la que se reconozca el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico disponible como elemento que elimina la ilicitud, y por ello la

¹⁷¹ En igual sentido, p. ej., DE RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel. “Nuevo Sentido de la Protección Penal de la Vida Humana”. *Revista de Derecho* (Consejo de Defensa del Estado Chile). Año 1, N° 3. Abril 2001, p. 126, y para quien “Para los auténticos casos de muerte por piedad hay que razonar la exención de responsabilidad criminal no por consideración de justificados sino por estimarlos inculpables por no exigibilidad de otra conducta”.

¹⁷² Destacan como derechos humanos, entre otros, la vida, la libertad, la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión (confróntese arts. 6 N°1, 9, 18 N°1, y 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Asamblea General Organización Naciones Unidas; arts. 4 N° 1, 5 N° 1, 7 N° 1, 11 N° 1, 12 Núm. 1 y 3, Convención Americana Sobre Derechos Humanos [“Pacto de San José de Costa Rica”]).

¹⁷³ ¿Armin Meiwes debe ser sancionado por homicidio? No parece ser el obrar de Meiwes como consentido, máxime si consta en su diario de vida que andaba buscando a alguien para matar, es decir, el desvalor de su comportamiento supera con creces al que puede inferirse de una muerte causada a ruego (v. gr., homicidio a petición, eutanasia), con mayor razón de un auxilio al suicidio, y, a la vez, el actuar de Bernd escapa con mucho a la de una persona en su cabales, a la de quien libremente consiente, sobre todo si para que le fuera cercenado su miembro ingirió previamente 20 pastillas para dormir, 2 frascos de jarabe, y media botella de licor; por demás, el nivel efectivo de sufrimiento físico de Bernd hace manifiesto que se trata de un individuo fuera de sí al tiempo de “consentir” (véase Nota n° 142).

¹⁷⁴ Véase Notas n° 14 y n° 17. (el Cp italiano dispone sanción para la muerte consentida [art. 579] y el auxilio al suicidio [art. 580). El Cp colombiano castiga el dar muerte a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable [art. 106], y el auxilio al suicidio [art. 107]).

RÍOS, Jaime. “El consentimiento en materia penal”.
Polít. crim. n° 1, 2006. A6, p. 1-37.

punibilidad, de la conducta de que se trata y, en consecuencia, no castigarse¹⁷⁵, por ejemplo, la muerte a ruego ni la eutanasia como también eliminarse del catálogo penal el auxilio al suicidio.

¹⁷⁵ Según se desprende de los arts. 15 a 17 y 50 a 54 del Cp, sin autoría no hay complicidad ni encubrimiento, es decir, no hay cómplices ni encubridores punibles de un delito sino sólo con el autor de ese delito.