

La relevancia penal del consentimiento¹

Gabriel Darío Jarque²

Sumario: 1. Una aproximación al tema. 2. Conducta atípica o justificada? 3. Método 4. Requisitos 5. Consentimiento presunto 6. Consentimiento putativo 7. Consentimiento en delitos culposos 8. Conclusiones

1.- Una aproximación al tema.

Ha cobrado nuevamente actualidad, la discusión acerca de los alcances del consentimiento que puede prestar la persona, a la realización –o no- de ciertos actos u omisiones con entidad para comprometer intereses propios relevantes.

En alguna medida, ello obedece al debate que se ha instalado en la opinión pública, y también en diversas esferas oficiales, respecto de la necesidad de legislar acerca de la denominada ‘muerte digna’³.

Tal es precisamente la idea subyacente, al abordarse la regulación del así llamado ‘testamento vital’, esto es, la manifestación de voluntad efectuada por persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la atención sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad⁴.

La consideración del consentimiento de la víctima como instituto con alcances y efectos propios, no es nueva en el Derecho Penal.

¹ En un trabajo anterior sobre el tema, publicado en Revista El Derecho n° 9804, pág. 6, que data del 30-7-99, fueron abordadas varias cuestiones centrales aquí tratadas, anunciándose el criterio que aquí se expone acerca de la discutida naturaleza del consentimiento.

² Abogado, Defensor Federal de Cámara y Juzgados de Bahía Blanca (Argentina), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNCba), Especialista de Postgrado en Derecho Penal (UNSur), Profesor de Derecho Penal (UNRN).

³ Participamos de la opinión que, antes bien, prefiere postular el concepto de ‘vida digna’, vinculado a las decisiones adoptadas y entendidas como mejor forma de transcurrir los últimos momentos de la existencia humana.

⁴ La Conferencia Episcopal Española ha elaborado un modelo de testamento vital. Asimismo, en la Encíclica *Evangelium Vitae*, Juan Pablo II abordó la misma cuestión. Normativamente, el Cantón de Ginebra, en el año 1996, determinó la obligación de los médicos a reconocer directivas anticipadas de pacientes. En EE.UU., rige la Patient Self Determination Act (1991); mientras que en España, casi todas las Comunidades Autónomas tienen legislación sobre la materia. Al respecto, cabe tener en cuenta que ha sido cuestionada la denominación ‘testamento vital’, con fundamento en que se trata de una disposición que no opera después de la muerte, ni tiene contenido patrimonial.

En efecto, los romanos ya incluyeron entre sus principios rectores el “*nulla iniuria est quae in volentem fiat*”⁵, precursor del luego consagrado *volenti non fit iniuria*, aforismo que aludía a la supresión o exclusión –según la traducción de que se trate- del delito, aunque con una significación absolutamente limitada⁶.

Juntamente con un fortalecimiento creciente del poder estatal –en su interpretación amplia, acorde con las distintas formas de gobierno-, y en desmedro del protagonismo, de los derechos y de las facultades del individuo, transcurrió un largo período en el que se dejó de tener en cuenta al consentimiento de la víctima, con fundamento en que la voluntad individual no podía afectar las disposiciones del derecho público. En tal sentido, el Código Penal austriaco de 1852 declaraba que también se cometía delito contra aquellas personas que “han solicitado, por sí mismas, su daño o lo han consentido”.

A mediados del siglo pasado, la manifestación de voluntad de la víctima de delito volvió a ser estudiada, y revitalizada a partir de las diferencias de opinión que los más grandes tratadistas han tenido a su respecto.

Conceptualmente, consentir es permitir algo o condescender en que se haga⁷. En su acepción vinculada al derecho, informa que el consentimiento es la manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente⁸.

En el ámbito del derecho penal, y merced a la evolución antes resumidamente comentada, el consentimiento fue adquiriendo un perfil con características propias, derivadas de los intereses en juego en ese contexto de aplicación.

Es en este liminar estadio, que se comienzan a manifestar los temas sobre los que la doctrina no ha logrado aún ponerse unívocamente de acuerdo. La cuestión atinente a su naturaleza jurídica, ubicación metodológica, la injerencia de los principios del derecho civil, y los delitos respecto de los cuales surte alguna clase de efecto, son algunos de los puntos problemáticos pendientes de dilucidación.

A éstos nos referiremos, sucintamente, en los apartados siguientes.

2. ¿Conducta atípica o justificada?

En el derecho comparado, no es sencillo encontrar códigos sustantivos con una regulación expresamente dedicada al consentimiento.

⁵ Digesto 47, 10 de iniur. 1.1, citado por Jescheck, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Ed. Temis Ilanud, Bogotá, 1984, pág. 515.

⁶ Pernice, “Marcus Antistius Labeo...”, cit. por Jiménez de Asúa, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Losada, Bs.As., 1953, t. IV, pág. 575.

⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición.

⁸ ob. cit. nota anterior

Sin embargo, los autores sí se han detenido –en mayor o menor medida- a considerar la cuestión, y lo han hecho desde distintos enfoques y con diverso grado de profundidad.

Así, sobre la base del principio de ausencia de interés, Mezger –y tal como lo hace buena parte del pensamiento alemán- sostiene que *el sujeto no actúa antijurídicamente cuando el poseedor del bien jurídico atacado presta de modo válido su consentimiento a la acción*⁹, quedando supeditada su eficacia a que se encuentren reunidas ciertas condiciones -los requisitos que se verán más adelante, infra ap. 4-, tendientes a impedir que el titular del bien jurídico se perjudique por no advertir inconvenientes derivados de la renuncia a la tutela del bien jurídico¹⁰.

Se encuentra Jiménez de Asúa en el grupo que postula al consentimiento como elemento impeditivo de la configuración del tipo penal. Para defender su posición parte de la distinción entre derechos innatos -intangibles e inalienables- y derechos adquiridos -tangibles y renunciables-, siendo estos últimos los patrimoniales¹¹. Especificando la cuestión, señala el tratadista español que es absurdo hablar de la existencia de un robo, violación o detención ilegal si la víctima lo ha consentido; antes bien, afirma, se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata.

Una tercera posición doctrinaria reconoce al consentimiento una doble entidad: como causa de atipicidad y como causa de justificación, según los supuestos de que se trate. Así, por ejemplo, Enrique Casas Barquero habla de una “doble naturaleza del consentimiento (una destipificadora y otra excluyente del injusto)”, sin que ello importe que tengan un fundamento diferente (aut. cit., “La importancia del consentimiento en la teoría general del delito”, publ. en Doctrina Penal n° 42, pág. 213).

Zaffaroni, por su parte, originalmente ensayó una clasificación a partir de denominaciones distintas, sosteniendo que la “aquiescencia” que genera atipicidad la llama “acuerdo”, y a la justificante, “consentimiento” (aut. cit., “Teoría del delito”, Ed. Ediar, Bs.As., 1973, pág. 404); y agregaba como tercera opción aquellos supuestos en los que el consentimiento resulta irrelevante (ob. cit, pág. 402).

Con posterioridad¹², entendió que el consentimiento siempre excluye la tipicidad. Mantiene la distinción entre aquiescencia –género-, respecto del acuerdo y del

⁹ Aut. cit., “Tratado de Derecho Penal”, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955, t. 1, pag. 413; en igual sentido: Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán, parte general, pág. 136 y ss.

¹⁰ Jescheck, ob.cit., parte general, pág. 514 y ss., aclarando que el legislador puede someter al consentimiento a restricciones en función del interés público que existe en su conservación.

¹¹ aut. cit., t. IV. Pág. 565.

¹² Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal – Parte General”, Ediar, Bs.As., 2000, pág. 477.

consentimiento propiamente dicho, aunque ahora aclara que el primero elimina tipicidad objetiva sistemática, mientras que el último suprime la tipicidad objetiva conglobante¹³.

Partiendo del dato cierto y comprobable, de que existen figuras penales que incluyen en su descripción de conducta al elemento volitivo en estudio, una primera conclusión debe necesariamente consistir en que, frente a la ausencia o concurrencia –según el caso- de dicho elemento, el efecto del consentimiento será el de impedir que se tipifique el delito en cuestión.

Así, el Código Penal Español prevé en su artículo 161, que “...*Quien practicar reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años...*”.

Existe, asimismo, un segundo grupo de delitos, en los cuales algún elemento del tipo desaparece cuando concurre la manifestación expresa o tácita de acuerdo para que se realice la acción de una determinada manera. En ese sentido, son varios los supuestos que presenta el Código Penal Argentino, como, por ejemplo, el del artículo 153: “...*el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico que no le esté dirigido...*”, o el del artículo 162: “...*el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena...*”.

Creemos que en estos casos tampoco se logra superar la barrera de la tipicidad, teniendo en cuenta, precisamente, que –mediando consentimiento válido- no es posible verificar una conducta indebida o ilegítima. Se trata de tipos penales que implícitamente reconocen la eficacia del acuerdo.

Incluimos en un tercer conjunto de delitos, a aquellos en los que el accionar del sujeto activo encuadra íntegramente en los extremos requeridos por la figura penal, tipificándose la conducta delictiva, operando el consentimiento prestado por la víctima como causal de antijuridicidad. Podría estudiarse como ejemplo el del sadomasoquista que prefiere el acceso carnal con fuerza o intimidación (art. 119, inc. 3º, del CPA).

Hay más: existen supuestos en los que debe concluirse que el consentimiento opera en un plano distinto –que alcanza a la culpabilidad-, pues lleva directamente a atenuar el reproche y consecuentemente la pena. Es el caso del aborto practicado con la anuencia de la mujer (V. art. 145 del Código Penal Español; art. 85, inc. 2º, Código Penal Argentino)¹⁴; o la reducción de pena prevista para las lesiones consentidas en el texto sustantivo español (V. art. 155).

¹³ Sobre la tipicidad conglobante, V. Aut. y ob. citados, pág. 461 y ss.

¹⁴ V. Jarque, G. “*Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas*”, publ. en Jurisprudencia Argentina, Rev. del 4-7-01, nº 6253, pág. 32.

Como eximente de responsabilidad penal ha sido expresamente consagrado, en relación a los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual practicados conforme lo indica la norma de aplicación (Art. 156 CPE).

Lo expuesto lleva a concluir que **la naturaleza del consentimiento sólo puede ser determinada en función del delito de que se trate, y –aún más- dependerá en cada caso de las previsiones que contenga la legislación penal** de cada país (que podrá incluir más o menos conductas en los grupos antes descritos), por lo que no es factible elaborar conclusiones de alcance universal sobre este punto.

Es por ello que, en la medida que no sea idéntico el entorno operativo de la manifestación de voluntad de que se trata, difícilmente la doctrina podrá –con razón y fundamento– ponerse en un todo de acuerdo sobre aspectos tan esenciales como su naturaleza y efectos¹⁵.

3. Método

Necesariamente relacionada con lo tratado en el punto anterior, se encuentra la cuestión de la metodología utilizada por los autores al referirse al consentimiento.

No es complicado deducir la ubicación asignada dentro de la Teoría del Delito, tanto por los partidarios de que el consentimiento es causal de atipicidad, como por aquellos que opinan que es causal de antijuridicidad. Unos y otros lo han abarcado con amplitud diversa al considerar genéricamente dichas temáticas.

Doctrina que reconoce una naturaleza mixta al consentimiento, ha optado por desarrollarlo en la primera oportunidad que se presenta dentro de un enfoque sistemático clásico del estudio del delito, esto es, al referirse a la tipicidad de la acción¹⁶.

Finalmente, autores de la talla de Francisco Carrara, han preferido considerar los alcances y efectos del instituto en cuestión, con relación a ciertos delitos puntuales, al ocuparse de tratar cada uno de estos últimos¹⁷.

Los aportes innovadores de los estudiosos del tema, y los supuestos muchas veces novedosos de que da cuenta la jurisprudencia, conducen a que el consentimiento ocupe un espacio creciente en el espectro de la Teoría del Delito.

Resulta, asimismo, de inocultable utilidad el contar con una sistematización organizada de los principios generales que definen y caracterizan a este instituto con un perfil propio en el ámbito del Derecho Penal.

¹⁵ Hurtado Pozo coincide plenamente con la postura indicada (“Nociones básicas de Derecho Penal de Guatemala”, año 2000, página 260 y ss., publicado en la página http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_05.pdf).

¹⁶ Así expresamente lo reconoce Zaffaroni, ob. Cit., pág. 402, nota 29.

¹⁷ Carrara, F. , “Programa del Curso de Derecho Criminal” Parte Especial, Ed. Depalma, Bs. As., 1945 y 1946, t. I, pág. 166 y t. IV, pág. 35, respectivamente.

Pero el método seguido por Carrara entusiasma decididamente a quien importa observar preferentemente la operatividad práctica de la manifestación de voluntad, máxime si se tiene en cuenta que el consentimiento cuenta con la particularidad de operar de modo no exactamente idéntico respecto de cada delito susceptible de ser alcanzado por sus efectos.

Es sin duda al tratar los delitos en forma individual, que la influencia que tiene el consentimiento se percibe con mayor claridad. Seguramente se podrá sostener que el mismo fenómeno es apreciable respecto de otros temas abarcados por la Teoría del Delito, como pueden ser –a título de ejemplo- el dolo eventual o la autoría mediata, lo cual es cierto; pero, cabe insistir, es la figura del consentimiento la que –a diferencia de las restantes- ostenta la peculiaridad de actuar no siempre del mismo modo en todos los casos.

Por lo demás, tenemos la sospecha que durante gran parte de su evolución, lo que ha ido justificando el tratamiento autónomo del consentimiento en la parte general de los grandes compendios jurídicopenales, no ha sido otra cosa que el característico debate que aún hoy se encuentra sin definición precisa (atipicidad vs. antijuridicidad).

4. Requisitos.

a. Capacidad

Uno de los requisitos esenciales de validez del consentimiento es la capacidad del sujeto que lo presta. En tal sentido, las legislaciones de cada país fijan edades límite, según el grado de comprensión que requiera la clase de acto de que se trate.

Sin embargo, no es el indicado el método que lleva, en todos los casos, a los resultados esperados, pues no siempre esa edad taxativamente predeterminada se compadece con la madurez biológica de la persona.

Es que el día que separa cronológicamente la mayoría de la minoría de edad, no hace ciertamente la diferencia entre capacidad e incapacidad, debiendo estarse al nivel de desarrollo mental de cada sujeto. Según Enrique Bacigalupo, “es suficiente la capacidad natural de comprender y de juzgar”¹⁸, de entender y discernir la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho.

Teniendo en cuenta que se halla en juego la supresión de la tutela de un bien jurídico que, como regla, el ordenamiento penal tiende a tutelar, sería tentativamente adecuado proponer que la determinación de la mayoría de edad constituya un límite meramente ordenatorio, para mantener siempre latente la posibilidad de verificar –mediante los estudios psicológicos del caso-, la comprensión imprescindible con que debe contar la persona que presta el consentimiento. Conformaría algo semejante a lo que en términos procesales se denomina “presunción ‘iuris tantum’”, supeditada en su operatividad, a una eventual prueba en contrario.

¹⁸ Bacigalupo, E., “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Ed. Temis Ilanud, Bogotá, 1984, pág. 133.

De la conclusión precedente surge como hipótesis legalmente admisible la posibilidad de que un sujeto en principio penalmente incapaz –en razón de su edad- pueda haber prestado consentimiento válido, tras haberse acreditado el suficiente discernimiento y grado de madurez.

Respecto de los incapaces por enfermedad mental, es admitida como válida la facultad de consentir de su representante legal.

Sin perjuicio de lo expuesto, viene al caso señalar que el Código Penal Argentino contempla hipótesis en las cuales declara absolutamente inoperante al consentimiento de la víctima, sea o no psicológicamente madura. Son los supuestos previstos, vgr., en los artículos 125 y 131 del aludido texto sustantivo.

En el citado texto sustantivo, el delito de corrupción de menores se sanciona a quien incurre en la conducta descrita en el tipo del art. 125 “aunque mediere el consentimiento de la víctima”, que –según la letra del inciso 1º- puede ser menor de doce años.

En el segundo párrafo del artículo 131 -referido al delito de rapto- se prevé una sanción penal más severa cuando el hecho fuere cometido en perjuicio de una menor de doce años “con o sin su consentimiento”.

Los ejemplos de cita admitirían expresamente que los menores de doce años pueden prestar consentimiento válido –en caso contrario, no se haría la alusión mencionada-, aún cuando el mismo no influye en lo más mínimo en la tipicidad ni en la antijuridicidad del hecho de que se trate. Aún así, admite Núñez que es la inmadurez mental de la menor de doce años la que vuelve, según el concepto de la ley, totalmente inoperante su consentimiento¹⁹.

Creemos, sin embargo, que la mención efectuada en esos artículos obedece, o bien a la utilización de la acepción vulgar del término, o bien a un defecto de técnica legislativa. De cualquier modo es claro que lo que ha pretendido el legislador es excluir en dichos supuestos toda posibilidad de que el consentimiento pueda surtir algún tipo de efecto en favor de quien ha incurrido en la comisión de las conductas allí descriptas.

b. Libre voluntad

Este requisito fundamental apunta a destacar uno de los pilares básicos de toda válida manifestación de voluntad, cuyo concepto de raíz civilista exigía discernimiento, intención y libertad. En la órbita penal, el elemento ‘libertad’ adquiere tan esencial significación, requiriendo que el acuerdo prestado esté desprovisto de toda coacción física, moral y/o psíquica, como así también de engaño y error que afecten a la cantidad y calidad del menoscabo del objeto de la acción²⁰.

¹⁹ Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, parte especial, t. IV, pág. 328.

²⁰ Conc.: Jescheck, ob. cit., t. I, pág. 522. Al respecto, ver infra nº 6, consentimiento putativo.

Cualquier vicio que afecte a la libertad para decidir, torna inválido el consentimiento prestado, y con ello, ineficaz su eventual efecto sobre la acción presuntamente delictiva.

c. Oportunidad

El elemento temporal también debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar la eficacia del consentimiento.

En tal sentido, la manifestación de voluntad efectuada por el sujeto pasivo del accionar presumiblemente delictivo, debe ser efectuada con anterioridad a la producción del hecho, o –a lo sumo- en forma coetánea.

Cabe, además, señalar que, dado el carácter esencialmente revocable del consentimiento, el mismo debe mantenerse hasta el mismo momento de la consumación del presunto delito.

Este concepto, que desde el plano teórico es simple, no permite una solución sencilla, vgr., en supuestos de acceso carnal consensuado en una primera instancia, y rechazado intempestivamente durante el transcurso del acto, con la eventualidad que el mismo sea llevado adelante hasta su finalización (Ello, con la lógica aclaración que el ejemplo también es de taller, pero permite discurrir acerca de las consecuencias posibles en una hipótesis no abiertamente infrecuente).

En el supuesto de un delito continuado, la situación se rige por los principios generales en cuanto a la consumación del ilícito, debiendo entenderse, a nuestro criterio, que el consentimiento prestado en el transcurso delictual, provoca todos sus efectos por no concurrir con posterioridad a su finalización.

d. Derecho disponible

Este ítem se relaciona con la dualidad reconocida entre derechos disponibles, patrimoniales o renunciables, y aquellos en los que se encuentra comprometido el interés público de manera tal que resultan indisponibles e irrenunciables.

En efecto, el individuo que integra una comunidad, *conviviendo* con sus semejantes, inevitablemente realiza acciones que exceden su privacidad, influyendo de una u otra manera a integrantes del grupo social. Ello es parte del “riesgo permitido”, y es entendido como inherente a la configuración social²¹.

El acto que es realizado en perjuicio del otro –conflicto entre el autor, la víctima, y, eventualmente, la comunidad- legitima la imposición de una pena cuando constituye un asunto público²², implicando un motivo suficiente para la reacción estatal²³.

²¹ Jakobs, Günther, “La imputación objetiva en derecho penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1996, pág. 44 y ss.

²² V. Righi, E. “Dogmática y Política Criminal de la Víctima”, en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”, Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 325.

Precisamente en esos conflictos de carácter público es donde se encuentra el límite de operatividad del consentimiento, dado que se trata de derechos no susceptibles de renuncia por los particulares, atento el grado de compromiso que, para con el grupo social, importa su afectación.

Pero existe una marcada tendencia, que compartimos, a acrecentar gradualmente las posibilidades de disponer sobre el futuro del bien jurídico que tiene su dueño²⁴, y con ello, de restringir en ese aspecto la intervención del derecho penal y de su autoridad de aplicación.

Y en igual orden de ideas, adherimos a las dudas del autor recién citado, acerca de la terminante categorización de un grupo de bienes jurídicos como indisponibles; antes bien, parece más adecuado considerar la existencia de bienes pertenecientes al ámbito de dominio autónomo del titular, y de otros cuya titularidad se encuentra fragmentada entre los miembros de la sociedad –disponibles e indisponibles, respectivamente, en la clasificación clásica, aunque con creciente pérdida de adeptos-²⁵.

Sin perjuicio de la importante distinción conceptual, a los fines del consentimiento resultan aplicables los mismos principios antes referidos en cuanto a su eficacia como tal.

Jiménez de Asúa también menciona a la forma como una de las condiciones del consentimiento²⁶, inclusión que no parece guardar estricta correspondencia con las restantes exigencias señaladas, que sí hacen a la plena operatividad del instituto estudiado. La cuestión de la forma –expresa o tácita, según lo informa el propio maestro-, en cambio, sugiere una mayor relación con el tema de la prueba del consentimiento.

En tal sentido, no en todos los estudios efectuados sobre el punto mencionado se encuentra suficientemente bien marcada la distinción entre el consentimiento, como elemento susceptible de influir en aspectos diversos comprendidos en la teoría del delito, y todo lo atinente a la comprobación de su concurrencia, siendo en este último aspecto –netamente adjetivo- que conviene detenerse a estudiar las modalidades expresa o tácita antedichas.

Sin perjuicio de lo precedentemente señalado, merece destacarse la relevancia que puede tener la redacción de los textos legales al momento de definir la concurrencia de tácito asentimiento. Resulta ilustrativo al efecto, el artículo 150 del Código Penal Argentino, que tipifica el delito de violación de domicilio. El citado precepto sanciona al *que entrare en*

²³ Jakobs, G., cit. por Righi, op. cit., pág. 325.

²⁴ Rusconi, M. “Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997, pág. 67.

²⁵ Aut. y ob. cit., pág. 67. Hurtado Pozo se suma a quienes informan que los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables, por entender que tiene prioridad la persona sobre la sociedad y el Estado, así como la libertad personal (Ver: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_05.pdf).

²⁶ Jiménez de Asúa, ob. cit., t. IV, pág. 597.

*morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo*²⁷. Sobre esa base -ciñendo nuestra referencia exclusivamente al aspecto aquí tratado-, una parte de la jurisprudencia nacional ha entendido que la falta de manifestación en contrario del dueño de casa, impide la configuración del delito, no por la existencia de un consentimiento tácito, sino por la ausencia de voluntad contraria –elemento integrante del tipo-, asignando en forma correcta una significación distinta a la positiva prestación del acuerdo respecto de la falta de oposición.

5. El consentimiento presunto.

En aquellos supuestos en los cuales el autor del hecho presuntamente delictivo actúa con la creencia de hacerlo en interés de la víctima, con la certeza de que, de haber podido expresarse, lo habría hecho consintiendo el modo de obrar en cuestión.

En el denominado consentimiento presunto concurren varias circunstancias que lo caracterizan, a saber: a) el sujeto pasivo se encuentra imposibilitado de consentir, expresa o tácitamente; b) el autor actúa con la convicción de beneficiar al titular del bien jurídico vulnerado; c) el autor, además, obra suponiendo que la víctima habría consentido el accionar cuestionado. En tal sentido, Carrara habla de la “justa credulidad”²⁸, especialmente si está fundada en relaciones de particular amistad, desprovista de ocultación o violencia, y seguida por restitución.

Edmundo Mezger se ha destacado por el desarrollo que en su tratado hace del consentimiento presunto²⁹ en donde afirma que supone “un juicio de probabilidad, objetivo, del Juez, que expresa que el supuesto lesionado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho hubiera, desde su punto de vista personal, consentido en la acción”. Sostiene, asimismo, que representa un válido sustitutivo del consentimiento real, cuyo efecto es el de excluir la antijuridicidad; y que –incluso- puede darse en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés, teniendo en cuenta que la oposición puede estar originada en una errónea interpretación de la situación de hecho (pág. 433) (en contra: Casas Barquero, op. cit., pág. 226).

Esta última hipótesis teórica enunciada por el tratadista alemán -encuadrar como consentimiento presunto una clara y expresa negativa de la víctima del accionar delictivo-, deviene, cuanto menos, en altamente riesgosa. Una elaboración conceptual como la referida, abre el camino para serios cuestionamientos en aquellos casos en los que la negativa hubiera sido efectivamente bien fundada, y el accionar del autor haya estado motivado en el error acerca de un falso conocimiento de la otra parte.

²⁷ En términos semejantes, V. arts. 202 y 203 CPE

²⁸ Carrara, ob. cit., t. IV, pág. 35.

²⁹ Mezger, ob. cit., t. 1, págs. 430 y ss.

Supongamos, por ejemplo, que una persona tiene a su cargo el cuidado de la vivienda de un amigo que ha viajado a otro país. Y que durante ese tiempo, un conocido coleccionista de antigüedades lo tienta para que le venda un viejo Stradivarius que ambos sabían que poseía su amigo y lo tenía en la casa. El cuidador llama telefónicamente al viajero, quien claramente le dice que no desea vender el instrumento musical, cortando comunicación. El coleccionista, entonces, le ofrece al cuidador una suma de dinero millonaria, que –al no poder volver a comunicarse con su amigo, y pensando que el instrumento se estaba estropeando irremediablemente- es aceptada por este hombre, entregándole el Stradivarius; convencido además de que, frente a tan importante oferta, su amigo habría accedido a la venta. A su regreso, el viajero, enfurecido, lo denuncia penalmente.

En el supuesto dado, como en casos de similares connotaciones, creemos que no se justifica la actitud del cuidador de creer que era el amigo quien desconocía todos los detalles de la situación planteada –acelerado deterioro de la cosa, e importancia de la suma ofrecida-, cuando podía ser él perfectamente quien, por ejemplo, desconociera el valor económico real de un Stradivarius (aún deteriorado), o el apego afectivo que el dueño tenía a su violín; sin embargo, y pese a la negativa expresa, dispuso de él, asumiendo los riesgos que ello implicaba, quedando anulada –por aquella negativa expresa- toda posibilidad de aplicación de la hipótesis del consentimiento presunto.

En algunos casos se ha acudido a los principios civilistas de la gestión de negocios, para respaldar los alcances del consentimiento presunto en el derecho penal. Parece inapropiado, como regla, tentar la extensión de conceptos de ámbitos tan diversos, en razón de que, dado precisamente el marco al que corresponden, apuntan a tutelar intereses que tienen pocos puntos en común con los tomados en cuenta en el Derecho Penal. Así, Manzini entendía que en realidad, cuando se habla de exclusión de la ilegitimidad como consecuencia de la auto-asunción de la gestión de negocios ajenos, o se trata de exclusión del dolo por efecto de buena fe (presunción razonable de consentimiento), o bien de exclusión de la punibilidad por circunstancias diversas³⁰.

En el ordenamiento jurídico argentino, el estado de necesidad previsto en el inciso 3° del artículo 34 del Código Penal Argentino –que tiene equivalentes en la legislación comparada-, parece ser el llamado a resolver los conflictos suscitados que no se hallaren expresamente legislados, como sucede en el artículo 152 del referido texto sustantivo.

6. Consentimiento putativo.

En un esfuerzo por, cuanto menos, mencionar las principales problemáticas que puede presentar la cuestión del consentimiento de la víctima, cabe dedicar un párrafo a la posibilidad cierta de que el individuo actúe con el convencimiento –erróneo- de que el titular del bien jurídico pasible de afectación, ha prestado su acuerdo para que la consumación del hecho de que se trate.

³⁰ Manzini, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal”, Ediar, Bs. As., 1948, t. II, pág. 32.

Aporta una cuota de claridad a la cuestión, la realización de un paralelo entre el planteo efectuado, y los principios atinentes al error de prohibición; y junto con ellos, con el distinto tratamiento que merece el error vencible respecto del insuperable.

En tal sentido, conviene recordar que el error de prohibición puede referirse: a) a la existencia de una norma; b) a la existencia de una causa de justificación; c) a un presupuesto objetivo –eximente putativa- que daría lugar a una causa de justificación. Y en este caso, es la teoría *limitada* de la culpabilidad la que hoy ha ganado terreno - desplazando en gran medida a la teoría *estricta* de la culpabilidad defendida por Welzel-, proponiendo que si el error es vencible, la pena imponible es la que corresponde al delito culposo (a diferencia de la de Welzel, que postulaba la sanción dolosa atenuada). En el supuesto de resultar no superable el error, el consentimiento actuará produciendo sus efectos propios.

Casas Barquero, quien hace referencia a una doble naturaleza del consentimiento (atipicidad-antijuridicidad), señala que, según la normativa española, cuando el mismo opera como causal de antijuridicidad, y el error es vencible, corresponde imputar delito doloso aunque con una atenuación de la pena³¹.

7. El consentimiento en los delitos culposos.

Como resulta ciertamente previsible, las opiniones sobre la aptitud del consentimiento para producir sus efectos en los delitos culposos, no son compartidas.

La cuestión fundamental está centrada en que, en esta clase de ilícitos, la acción propuesta –aprobada por la víctima- no guarda relación directa con el resultado finalmente producido.

El criterio favorable a extender a toda la acción la manifestación de voluntad, se sustenta en que existe una justificación mediata de la consecuencia no deseada (Mezger, Kessler); la postura opuesta, que entiende inoperante el consentimiento en estos casos, encuentra basamento en que el asentimiento se debe referir “a la parte jurídico-penalmente relevante de la acción”, esto es, al resultado (Mayer, Gerland)³².

En tal sentido, en las hipótesis enunciadas corresponde tener en cuenta que, en toda actividad con cierto grado de peligro, es posible que concurren riesgos inherentes a la propia actividad que puedan presumirse conocidos por cualquier persona común y corriente, y otros que resultan por completo ajenos a la misma; o bien, sólo susceptibles de ser conocidos en circunstancias excepcionales, o por especialistas en una determinada materia.

No será posible, entonces, ponderar del mismo modo los efectos del consentimiento en ambos supuestos.

³¹ Casas Barquero, op. cit., pág. 228.

³² Citados por Jiménez de Asúa, ob. cit., t. IV. págs. 598/599.

En el conocido ejemplo de Guillermo Tell, la aceptación de ubicarse como blanco del tiro de flecha, podrá importar la asunción del resultado de la fallida puntería del arquero célebre por sus aciertos, mas nunca los alcances de ese consentimiento permitirán evitar las consecuencias penales derivadas de la lesión provocada por la utilización de una flecha manifiestamente torcida.

8. Conclusiones

A esta altura del desarrollo, queda la íntima incertidumbre acerca de haber logrado destacar suficientemente la importancia que tiene el consentimiento de la víctima dentro del amplio espectro abarcado por la Teoría del Delito, que admitiría la asignación de un espacio propio dentro de la Parte General del Derecho Penal.

No obstante, sin perjuicio de las generalidades que pudiera merecer el instituto estudiado, se entiende útil y conveniente la previsión de sus efectos y alcances en relación a los delitos en particular, esto es, en la Parte Especial del texto sustantivo.

Asimismo, se advierte que su evolución dependerá en gran medida del tratamiento detenido que la jurisprudencia le dedique, teniendo en cuenta que las sentencias – traductoras del derecho vivo de una sociedad-, son las grandes ausentes en esta temática.

Que el abanico de los denominados “derechos disponibles” se extiende progresivamente, al amparo de un Derecho Penal que debe proteger, sí, fundamentales intereses colectivos, pero –antes que nada, y de modo privilegiado- aquellos que ostenta cada individuo que forma parte de la sociedad organizada.

Finalmente, -y atendiendo a las posiciones encontradas que históricamente han venido sucediéndose-, que la naturaleza del consentimiento sólo puede ser determinada en función del delito de que se trate, dependiendo en cada caso de las previsiones que contenga la legislación penal de cada país.

Es por ello que, en la medida que no sea idéntico el entorno operativo de la manifestación de voluntad de que se trata, difícilmente la doctrina podrá –con razón y fundamento- concertar un criterio único en aspectos tan esenciales como su naturaleza y efectos.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

* Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Ed. Temis Ilanud, Bogotá, 1984.

* Bustos Ramírez, J.-Hormazábal Malareé, H.: “Lecciones de Derecho Penal”, 2 volúmenes, Trotta, Madrid, 1997-1999.

* Bustos Ramírez, J: “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ariel, Barcelona, 1993.

- * Carrara, Francisco, “Programa del Curso de Derecho Criminal” Parte Especial, Ed. Depalma, Bs. As., 1945 y 1946.
- * Casas Barquero, Enrique, “La importancia del consentimiento en la teoría general del delito”, en *Doctrina Penal* n° 42, pág. 213.
- * Hurtado Pozo, José, “Nociones básicas de Derecho Penal de Guatemala”, http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_05.pdf.
- * Jakobs, Günther, “La imputación objetiva en derecho penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1996.
- * Jescheck, Hans H., “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- * Jiménez de Asúa, Luis, “Tratado de Derecho Penal” Ed. Losada, Bs.As., 1953, t. IV, pág. 575).
- * López Camelo, Raúl Guillermo – Jarque, Gabriel Darío, “Curso de Derecho Penal – Parte General”, Editorial EdiUNS, Bahía Blanca, 3ra. edición.
- * Manzini, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal”, Editorial Ediar, Bs. As., 1948.
- *Maurach, R. – Zipf, Heinz: “Derecho Penal -Parte General”; traducción de la séptima edición alemana, de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson; Astrea; Bs.As., 1.994.
- * Mezger, Edmundo, “Tratado de Derecho Penal”, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1955.
- * Mir Puig, Santiago: “Introducción a las Bases del Derecho Penal”; Bosch; Barcelona, 1.976.
- * Muñoz Conde-García Arán, “Derecho Penal – Parte General”, 4ª ed., Valencia, 2000.-
- * Núñez, Ricardo, “Derecho Penal Argentino”, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, parte especial.
- * Righi, E. “Dogmática y Política Criminal de la Víctima”, en “Teorías Actuales en el Derecho Penal”, Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 325 y ss.
- * Roxin, Claus: “Derecho Penal Parte General -Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”; tomo 1; traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal; Civitas; Madrid, 1.997.
- * Rusconi, M. “Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997.
- * Stratenwerth, Günther: “Derecho Penal -Parte General. El hecho punible”; tomo 1; segunda edición; traducción de Gladys Romero; Edersa; Madrid, 1.982.
- * Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán, parte general”, Depalma, Bs. As., 1951.

* Zaffaroni – Alagia – Slokar, “Derecho Penal – Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

* Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo segunda edición.