

## § 12 Consentimiento (*excursus*)

*I. Introducción. II. Legislación. III. Fundamento. IV. Exclusión de la tipicidad. V. Acuerdo y consentimiento. VI. Derechos irrenunciables de la persona. VII. Requisitos del consentimiento. 1. Disponibilidad del bien jurídico. 2. Capacidad para consentir. 3. Manifestación del consentimiento. 4. Momento del consentimiento. 5. Contenido del consentimiento. 6. Consentimiento libre. VIII. Consentimiento presunto*



## I. Introducción

Mediante el consentimiento, con frecuencia, se excluye la imposición de una pena aun cuando un comportamiento reúne los elementos objetivos y subjetivos de un tipo legal. Sin embargo, se discrepa sobre si se trata de una causa de atipicidad o de justificación. Cuando se admite esto último, se le califica, debido a que no está regulado en la ley, de causa de justificación supralegal. En los países donde no ha sido admitido como tal, sus condiciones han sido establecidas por la jurisprudencia y la doctrina. 1304

## II. Legislación

Sin antecedentes en la legislación penal nacional, el consentimiento fue regulado expresamente en el art. 20, inc. 10. En el que se declara exento de responsabilidad a quien “actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”<sup>290</sup>. En la exposición de motivos<sup>291</sup>, se explica esta nueva disposición afirmándose que la “coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, no tiene penalmente el valor significativo que ostenta el acuerdo ajustado por las partes en el área del derecho privado. Sin embargo, considerándose que en el campo penal los intereses ofendidos no siempre son públicos, se admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular del bien jurídico”. 1305

En la legislación extranjera, el consentimiento es regulado de manera semejante al nuestro. En el CP italiano, art. 50<sup>292</sup> (consentimiento del titular 1306

---

<sup>290</sup> ES del 25 de junio de 1997, Exp. N° 572-97, Ancash, en ROJAS, 1999a, p. 144.

<sup>291</sup> CP de 1991, p. 8.

<sup>292</sup> MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 202 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 199 ss.; PAGLIARO, 2000,

de un derecho), se establece: “que no es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de éste”. De modo parecido, se ha regulado también en el CP portugués, art. 31, inc. 2, lit. d. En el CP alemán (§ 228), se dispone, de manera limitada, que quien causa una lesión corporal con el consentimiento del lesionado, sólo actúa ilícitamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, es contrario a las buenas costumbres. En el art. 155 CP español<sup>293</sup> de 1995, se le prevé sólo como atenuante: “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá pena de uno o dos grados”. Por el contrario, no ha sido previsto en el nuevo CP francés<sup>294</sup>, ni en la nueva versión de la parte general del CP suizo.

### III. Fundamentos

- 1307 La comprensión de la base y de los efectos del consentimiento depende de la concepción que se tenga sobre el derecho en general y, en particular, sobre el derecho penal. De modo que resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan. No es sólo una cuestión de técnica legislativa o de dogmática penal.
- 1308 Dichos criterios están en particular delimitados por la Constitución. En su art. 1, ésta prevé que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta declaración implica el reconocimiento de la primacía de la persona frente a la sociedad y al Estado. La misma jerarquía es admitida cuando, en armonía con la disposición citada, se establece, como principio general, en el art. I, que éste “tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.
- 1309 La persona es así concebida como un agente moral autónomo para decidir y realizar sus actos y proyectos de vida. Por esto y por su simple condición de tal, se le reconocen, al lado de diversos derechos, otras facultades fundamentales. La protección de estos derechos es garantía para el desarrollo libre y pleno de la personalidad.

---

p. 422 ss.; MARINI, 1989, p. 71.

<sup>293</sup> Cfr. MIR PUIG, 1998, p. 519; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 391 ss.; CASAS BARQUERO, 1987, p. 30 ss.

<sup>294</sup> PRADEL, 2003 N° 539; SALVAGE, 1991, p. 699 ss.

El contenido de los derechos, en particular de los fundamentales, está dirigido hacia los bienes jurídicos que el derecho penal protege. El ejercicio de un derecho implica, en consecuencia, la conservación o la disposición de un bien jurídico. La libertad del titular del derecho, por lo tanto, del bien jurídico concernido, supone que él es quien mejor sabe lo que le conviene y puede actuar en consecuencia. Un tercero, incluso el Estado, no puede limitar su libertad (autonomía moral) imponiéndole o prohibiéndole la realización de un acto, afirmando que es lo más beneficioso para sus intereses personales. En el art. 2, inc. 24, Const., se prevé esta libertad como derecho fundamental de toda persona. 1310

En la perspectiva de esta concepción liberal, se dispone en el art. IV -a título de principio general- que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. De esta manera, como ya lo hemos señalado<sup>295</sup>, se establece, por un lado, que la protección de éstos (por tanto de los derechos que los suponen) es la finalidad del derecho penal y, por otro, que su lesión o puesta en peligro es el fundamento de la represión de las acciones delictuosas. Resulta evidente, entonces, que la libertad del titular de los derechos o bienes jurídicos individuales condiciona, en la práctica y en especial en el ámbito penal, la protección jurídica que reciban. Ésta puede ser influenciada, en cierta medida, por la decisión del titular. En consecuencia, se puede afirmar que su consentimiento respecto a la violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos constituye la expresión de su libertad personal. 1311

La libertad de la persona, sin embargo, no es absoluta<sup>296</sup>. En ciertas circunstancias, la libertad de consentir es restringida mediante la ponderación de los intereses en conflicto. Así, es cuestión de saber hasta qué límites debe circunscribirse la libertad personal de disponer de un bien jurídico en favor de un interés ajeno. Por ejemplo, limitar la libertad de disponer de su integridad corporal en beneficio del interés de la comunidad de salvaguardar sus recursos humanos (art. 115 del CJMP, incapacidad voluntaria para el servicio). 1312

En principio, hay que admitir que la libertad y la dignidad de las personas sólo son respetadas en la medida en que las restricciones se hagan en relación con los actos de terceros y no con los del propio sujeto concernido. Así, no es lo mismo que alguien decida suicidarse a que un tercero le cause 1313

<sup>295</sup> Ver *supra* N° 34 ss.

<sup>296</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 6; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 97.

la muerte a su pedido. En la segunda hipótesis, el consentimiento de la víctima no transforma el homicidio causado por el tercero en un hecho irrelevante para el derecho. Así mismo, una persona puede admitir que su libertad de movimiento sea restringida, pero es inadmisibles el hecho de que se someta a un régimen de esclavitud. Estos ejemplos demuestran que resulta indispensable tener en cuenta la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos humanos.

- 1314 Desde esta perspectiva, hay que afirmar que la libertad individual no debe ser obstaculizada de manera abusiva por la pretensión estatal de proteger a las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun en contra de su propia voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone, justamente, reconocer que la libertad personal constituye, en primer lugar, la base tanto del respeto de la dignidad de todo sujeto como una condición indispensable del desarrollo de su personalidad; y, en segundo lugar, uno de los fundamentos del Estado de Derecho regulado en la Constitución. Por lo tanto, el consentimiento no sólo conlleva la renuncia a la protección que el orden normativo brinda a los bienes jurídicos individuales, sino también a respetar la libertad personal. Ésta, en tanto que posibilidad de disponer de los mismos, se encuentra implícita en la idea de bien jurídico.

#### **IV. Exclusión de la tipicidad**

- 1315 De acuerdo con la concepción que venimos de exponer, estatuida en la Constitución, no basta percibir los bienes jurídicos sólo como cosas, relaciones o intereses valiosos, autónomos y anteriores a las reglas legales que los protegen por ser condiciones indispensables para el desarrollo del individuo dentro de la vida comunitaria. Con este fin es indispensable que se le garantice la libertad de disponer de los mismos conforme a sus aspiraciones y convicciones. En buena cuenta, el acto de disposición constituye una expresión del desenvolvimiento libre del portador del bien jurídico<sup>297</sup>.
- 1316 La capacidad de disponibilidad del sujeto sobre sus bienes es ínsita a su noción. Así, el patrimonio no sólo es el conjunto de cosas o intereses económicos, sino también la facultad de disponer que sobre éstos tiene su titular. Del mismo modo, la salud o la integridad corporal son protegidas tanto en razón de su realidad somática o síquica como en consideración a que son

---

<sup>297</sup> Cfr. POLAINO-ORTS, 2003, p. 251; ROXIN, 2006a, § 13 N° 12; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 93 ss.

la base de un ser libre, capaz de comprender y querer. Incluso la libertad de tránsito implica la presencia de una voluntad de desplazarse.

En consecuencia, la afectación de un bien jurídico supone el daño o puesta en peligro del objeto del delito (bien mueble o inmueble, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación con las lesiones) y la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar a éste concretado en el objeto del delito. 1317

De esto se deduce que si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión no es penalmente relevante. Esto significa que el acto no es típico<sup>298</sup> porque la lesión o la puesta en peligro del mismo (y no del objeto material del delito) no adquiere la relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños (art. 205) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido destruido, no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición. El objeto de disposición y la facultad de disponer libremente de él constituyen aspectos en simbiosis del bien jurídico<sup>299</sup>. 1318

En casos cotidianos como el corte de pelo por un peluquero, la puesta de una inyección por un enfermero, la poda de plantas por un jardinero, el consentimiento del titular de los bienes integridad corporal, salud y patrimonio, respectivamente, hace desaparecer tanto el valor negativo del resultado, como de la acción. Así, el agente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar satisface una manifestación de la personalidad del interesado. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trata de situaciones diferentes a los comportamientos socialmente adecuados o neutros que venimos de señalar. Por ejemplo, destruir un bien valioso para satisfacer el deseo de una persona querida o hacerse tatuar el cuerpo. Aquí, lo decisivo es, también, el hecho de que el individuo concernido es el único competente para decidir lo que conviene a su bienestar. Admitir el criterio opuesto implicaría aceptar una concepción paternalista excesiva que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aún en contra de ella misma. 1319

<sup>298</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 477 ss.; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 324 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 407 ss.

<sup>299</sup> RUDOLPHI, 1974, p. 87.

## V. Acuerdo y consentimiento

- 1320 En este contexto, debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento (*Einwilligung*) y el acuerdo (*Einverständnis*). Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad<sup>300</sup>, y es de aplicación en los supuestos en los que el tipo legal prevé la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. En este caso, la voluntad sería de “orden natural” y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si un niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el art. 185. La violación de domicilio (art. 159) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, ésta se convierte en “un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado”<sup>301</sup>.
- 1321 El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y sólo sería una causa de justificación<sup>302</sup>, si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 205) o lesiona una persona (art. 121). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón. El fundamento invocado, con frecuencia, es el derecho a la autodeterminación o a la libertad personal consagrada por la Constitución.

---

<sup>300</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 I 1; GROPP, 1997, § 6 N° 59; KÜHL, 2000, § 9 N° 20 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 93 ss.; WELZEL, 1969, p. 95; BOCKELMANN/VOLK, 1987, p. 102; KINDHÄUSER, 2006, Vor § 13, N° 158 ss.; Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 269. Cfr. POLAINO-ORTS, 2003, p. 232;

<sup>301</sup> HURTADO POZO, 2002, N° 258.

<sup>302</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 I 3; GROPP, 1997, § 6 N° 57; KÜHL, 2000, § 9 N° 23; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 33; OTTO, 1998, § 8 N° 127.



Se ha tratado, así mismo, de reforzar este criterio invocando la presencia 1322 de un conflicto entre la libertad de la persona a disponer de sus bienes y el interés de la comunidad en la conservación de los mismos. La lesión del bien jurídico estaría justificada, en estos casos, en la medida que estuviera comprendida por la libertad de su titular y concurrieran los presupuestos especiales para que el consentimiento fuera eficaz. Con esa propuesta se busca descartar la crítica que se hace a la concepción dominante, según la cual el consentimiento no puede ser catalogado entre las causas de justificación porque éstas suponen siempre un conflicto de intereses o la necesidad del comportamiento.

La concepción mayoritaria es cuestionada<sup>303</sup> afirmándose que es muy difícil 1323 distinguir entre el acuerdo y el consentimiento. Por un lado, un sector de la doctrina niega de principio esta distinción y afirma que la autorización eficaz del titular del bien jurídico excluye siempre la tipicidad<sup>304</sup>. Por otro lado, algunos autores, admitiendo la posibilidad de diferenciar estas dos circunstancias, cuestionan que se les atribuya efectos diferentes. En su opinión, en ambos casos se excluye la tipicidad, pero los requisitos no son los mismos en las dos circunstancias, puesto que no es posible establecer criterios generales, sino que hay que tener en cuenta las particularidades del tipo legal concernido.

Para comprender mejor la situación planteada, hay que tener en cuenta el 1324 hecho de que el criterio utilizado para distinguir el acuerdo del consentimiento es, en realidad, más de orden normativo que material, ya que depende de la manera cómo se interpreten los tipos legales. Consentimiento y acuerdo no son diferentes por “naturaleza”<sup>305</sup>. En el caso de violación de correspondencia (art. 161), por ejemplo, la autorización dada por el destinatario para que un tercero abra la carta puede ser considerada como causa de justificación porque éste ha realizado el tipo legal debido a que ha abierto un sobre que no le estaba dirigido. Pero también puede estimarse que se trata de un comportamiento no típico en razón a que el permiso otorgado por el titular del derecho convierte al tercero en destinatario y, en consecuencia, falta un elemento del tipo legal: “carta... que no le esté dirigida” (art. 161); lo que significa que el bien jurídico no ha sido lesionado. El caso del delito de lesiones corporales es un ejemplo muy claro de que la solución al problema

<sup>303</sup> GEERDS, 1954, p. 262 ss.; idem, 1960, p. 42 ss.; ZIPF, 1970, p. 28 ss.; ROXIN, 2006a, § 13, N° 11 ss.; KAUFMANN, 1983, p. 282; JAKOBS, 1991, 7/111 ss.; POLAINO-ORTS, 2003, p. 250.

<sup>304</sup> GÜNTHER, en SK, AT 1, Vor § 32, N° 64; RUDOLPHI, 1974, p. 87.

<sup>305</sup> POLAINO-ORTS, 2003, p. 236 ss.

reside, sobretodo, en la interpretación del tipo legal respectivo. El hecho de negar que el consentimiento excluye la tipicidad, se explica en particular por la necesidad de suplir una deficiencia legislativa (la no incriminación del tratamiento médico no consentido como un delito específico contra la libertad individual) y conservar la protección brindada por las disposiciones que reprimen las lesiones al bien jurídico integridad corporal.

- 1325 Por último, como la interpretación depende de la redacción de los tipos legales y que ningún perjuicio haya sido causado al bien jurídico, no se justifica atribuir efectos penales diferentes al acuerdo y al consentimiento. Sería entonces preferible que el consentimiento también excluyera la tipicidad. En consecuencia sólo sería necesario diferenciar estas dos nociones en la medida en que se fijaran condiciones diferentes para cada una de ellas. Este es el caso, por ejemplo, cuando las exigencias relativas al acuerdo son menos estrictas (la capacidad natural del titular del bien jurídico es suficiente, el acuerdo dado por un niño es estimado válido)<sup>306</sup> que aquellas previstas para el consentimiento (condiciones de orden jurídico relativas a la capacidad).
- 1326 Es difícil e inconveniente, sin embargo, establecer condiciones distintas para el acuerdo y el consentimiento. En consideración de la importancia de la aceptación del titular del bien jurídico y, así mismo, el respeto a su libertad individual, no basta con generalizar las condiciones tradicionalmente utilizadas para el acuerdo. Por el contrario tampoco es correcto admitir sin más las exigencias estrictas del consentimiento. La determinación de las condiciones relativas a las dos circunstancias, y por lo tanto, a la exclusión de la tipicidad, supone tomar en cuenta tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente.

## **VI. Derechos irrenunciables de la persona**

- 1327 Un obstáculo a la aceptación de la tesis del consentimiento como excluyente de la tipicidad parece ser la manera como han sido regulados los derechos de la persona en el Código Civil de 1984. Según su art. 5, los derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Con el objeto de establecer una excepción respecto a la integridad corporal, se hace referencia a que “su ejercicio no puede sufrir limitaciones voluntarias”. Las excepciones están previstas en el art. 6 que estable-

---

<sup>306</sup> GROPP, 1997, § 6, N° 61; WESSEL/BEULKE, 2001, N° 367.

ce: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”. Sin embargo, ésta no es la única salvedad. Se reconoce también eficacia al “asentimiento” del interesado en relación con la revelación de la intimidad personal y familiar, el aprovechamiento de la imagen y la voz de la persona, la interceptación y la divulgación de la correspondencia (arts. 14, 15 y 16 del CC, respectivamente).

Las dificultades de comprensión de las disposiciones citadas provienen, en 1328 gran parte, de la peculiar manera como han sido estructuradas. Primero, se establece la regla de que nadie puede renunciar a los derechos inherentes a su persona, ni cederlos a terceros. Luego, se estatuye una excepción respecto a los actos de disposición del propio cuerpo. Ésta es formulada mediante una prohibición: dichos actos no son permitidos si constituyen un grave atentado a la integridad física o si son contrarios al orden público o las buenas costumbres. *A contrario*, esto significa que los actos de disposición del propio cuerpo son permitidos si no constituyen una grave lesión a la integridad corporal o son conformes al orden público y a las buenas costumbres. Es decir, el derecho a la integridad corporal y a la salud, inherente a la persona, es un derecho al que se puede renunciar, del que se puede disponer, aunque de manera limitada. De modo que no se llega a ninguna conclusión definitiva sobre si el consentimiento tiene o no tiene el efecto de excluir la tipicidad.

La deficiencia de la regulación del derecho civil reside en que parte de un 1329 presupuesto incorrecto por ser considerado absoluto. Los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables. Esta declaración contradice el principio constitucional básico de la prioridad de la persona sobre la sociedad y el Estado, así como el de la libertad personal como fundamento del Estado de derecho.

## VII. Requisitos del consentimiento

### 1. Disponibilidad del bien jurídico

De los fundamentos del consentimiento, se deduce con claridad que éste 1330 sólo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir, a los bienes re-

lativos a la misma persona de quien consiente<sup>307</sup>. Por lo tanto, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión; pero, así mismo, tanto por la importancia de este mismo bien como por los principios fundamentales del orden jurídico, en particular el respeto a los derechos humanos.

- 1331 En el ámbito estrictamente penal, hay que tener en cuenta, también, la manera cómo el tipo legal ha sido elaborado. En consecuencia, un factor decisivo es el análisis específico de cada uno de éstos. Esto es más bien objeto del estudio de la parte especial.
- 1332 La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida. La elaboración de éstos tiene como punto de partida la ineficacia del consentimiento de la víctima<sup>308</sup>. Esto explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente que ponga fin a sus dolores intolerables (art. 111). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio interesado.
- 1333 Respecto al delito de lesiones no se prevé disposición alguna que señale, aun implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como toda conducta punible, este delito supone más bien que sea cometida contra la voluntad de la víctima. De acuerdo con lo señalado con anterioridad, resulta necesario referirse al Código Civil y, en especial, a su art. 6. La constitucionalidad de las fórmulas utilizadas en esta disposición es dudosa porque su vaguedad puede dar lugar a una restricción abusiva de la libertad personal, base del Estado de derecho. Sin embargo, cierta limitación de la libertad es comprensible en la medida en que no se garantiza de manera absoluta su disfrute, sino dentro de los límites fijados en la Constitución y, en particular, en relación con el respeto a los derechos ajenos. Los criterios de orden público y de buenas costumbres a los que alude el art. 6 del CC, deben ser comprendidos en este contexto. Así, un acto de disposición del propio cuerpo contrario a las buenas costumbres no significa simplemente

---

<sup>307</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 13; GRAVE/STRÄULI, 1995, p. 151; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 32 N° 5 c; SCHWANDER, 1966, N° 173; SCHULTZ, 1982b I, p. 167; HAFTER, 1946, p. 170; REHBERG/DONATSCH, 2001, p. 149; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 140 ss.; ATF 100 IV 159; ROXIN, 2006a, § 13 N° 33; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 III 5; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 33; GEERDS, 1960, p. 42; HIRSCH, en LK vor § 32 N° 104; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 17 N° 99.

<sup>308</sup> GÜNTHER, en SK, AT 1, Vor § 32 N° 40; ROXIN, 2006a, § 13 N° 37.

que sea inmoral; sino que supone reprobación legislativa y el menoscabo de bienes jurídicos de los que no puede disponer el titular<sup>309</sup>. Además, hay que considerar que la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que se regeneran está autorizada (art. 7 del CC, *a contrario*) y tratándose de aquellos que no se regeneran sólo si no “perjudican gravemente la salud” o no reducen “sensiblemente el tiempo de vida del donante” (art. 7 del CC). En este ámbito, es necesario tener en cuenta, además, que el carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres se refiere al hecho cometido y no al consentimiento. Éste último puede estar inspirado por motivos inmorales, pero ello no implica que sea ineficaz.

En cuanto al tratamiento médico<sup>310</sup>, gran parte de la doctrina ha afirmado 1334 que el galeno, a pesar de que su régimen afecta el cuerpo o la salud del paciente, no lo maltrata (*misshandeln*) sino que lo somete a un procedimiento curativo (*handeln*). En países como Alemania y Suiza, la jurisprudencia estima que la intervención del médico es típica y que sólo el consentimiento del paciente excluye la represión porque así lo justifica el proceso. Saber si la lesión causada sin consentimiento del interesado es conforme al tipo legal del delito de lesión corporal no depende de la manera cómo se conciba éste. Es más bien una cuestión de política criminal: mientras no exista una disposición que reprima dicho comportamiento como un delito específico contra la libertad individual, subsiste un interés innegable de proteger la libertad de disponibilidad de este bien mediante la norma que reprime el delito de lesiones corporales. En el CP austriaco (§ 110 inc. 1)<sup>311</sup>, por ejemplo, se ha previsto dicha infracción contra la libertad individual de la manera siguiente: “Quien, aún de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, somete a tratamiento médico a una persona sin su consentimiento será castigado...”.

Por el contrario, cuando el tipo legal sólo protege un bien jurídico colec- 1335 tivo, es evidente que el consentimiento de una persona particular no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto<sup>312</sup>. Por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o para los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier

<sup>309</sup> ROXIN, 2006a, § 13 N° 39.

<sup>310</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 18; NOLL, 1955; p. 91; HURTADO POZO, 2002, N° 394 ss.

<sup>311</sup> LEUKAUF/STEINIGER, N° 1 ss.

<sup>312</sup> Exp. N° 31-L-1-98 Puno, en SerJur 3, p. 277. Cfr. GROPP, 1997, § 6 N° 39; GÜNTHER, en SK, AT 1, Vor 32 N° 40; ROXIN, 2006a, § 13 N° 33 ss.

clase de energía (art. 273). El consentimiento de la o de las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad del incendio provocado. El orden jurídico busca proteger a las personas o sus bienes de manera indeterminada (peligro común). Lo mismo acontece en relación con el art. 286 que reprime al que “envenena, contamina o adultera aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo”; y esto aun cuando se dé la agravante, por ejemplo, de haber resultado una persona lesionada gravemente. El consentimiento de esta víctima es irrelevante porque el bien jurídico protegido es la salud pública y este no es un bien jurídico individual respecto al cual tenga libre disposición.

- 1336 El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la administración pública a pesar de que una persona sea la directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 376. Según esta disposición, se reprime al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Además del bien jurídico protegido, es necesario tomar en consideración que el mismo legislador declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito. Esta se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez). Un razonamiento semejante debe hacerse con relación a los tipos legales en los que se prevé una intervención de la víctima y se le protege de manera especial. Es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales en que la víctima es un menor de catorce años (art. 173), una persona en situación de dependencia o vigilancia o que se halle detenida, reclusa o internada (art. 174).
- 1337 Un caso particular, conforme a una parte de la doctrina, sería el de las cláusulas de autorización administrativa en delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos. Mediante dichas cláusulas, puede comprenderse que el Estado, por intermedio de la administración pública, consiente que se cometan ciertos actos que comprometen algún bien jurídico de la comunidad. Para autorizar éstos se deben tener en cuenta diversos criterios, como la utilidad social y la preservación de los mismos bienes. Tal sería el caso, por ejemplo, del delito contra los bienes culturales previsto en el art. 226, en el que se reprime la explotación, excavación o remoción de yacimientos arqueológicos prehispánicos no autorizadas por la autoridad competente. En consecuencia, la realización de uno de esos actos con la autorización respectiva, no es comprendido por ese tipo legal.

## 2. Capacidad para consentir

El consentimiento es eficaz, sólo si quien lo expresa es una persona capaz<sup>313</sup>. 1338  
 Aun cuando este requisito es admitido unánimemente, las opiniones divergen en razón a la diversidad de maneras cómo es concebido y si se acepta o no distinguirlo del acuerdo. En la perspectiva que hemos adoptado, en la medida en que se admita que no hay que practicar esta distinción y se considere que el elemento de la teoría del delito que queda excluido con el mismo es la tipicidad, es conveniente considerar que la capacidad de comprensión debe ser apreciada de acuerdo con el carácter específico de cada tipo legal.

En la mayor parte de los casos, no es necesario que se tenga la capacidad 1339  
 de comprensión que permita darse cuenta de la acción y del resultado que se consiente en el sentido que requiere un acto jurídico. En el caso, por ejemplo, del delito de apropiación ilícita (art. 190, inc. 2) no basta que el menor se de cuenta que su tutor comete la acción perjudicial en contra de su patrimonio. Dicha acción, por lo tanto, será típica. El consentimiento dado no es jurídicamente válido para ampliar el poder del gestor de negocios. Hay que considerar más bien, como ya lo hemos dicho, que se trata de la manifestación del derecho a la libertad de obrar, la misma que sólo está limitada por las normas constitucionales y, en particular, por el respeto de los derechos ajenos. No es cuestión, en consecuencia, de la capacidad de conformidad con el derecho civil; pero tampoco de la simple voluntad natural que toda persona posee.

El titular del bien jurídico debe poder darse cuenta, en concreto, de los 1340  
 alcances de la acción que afectará a uno de sus bienes jurídicos y debe poder apreciarla debidamente de acuerdo con sus intereses. Esta capacidad es admitida, por lo general, respecto a las personas adultas imputables con relación al caso particular. En este sentido, hay que admitir que carecen de esta capacidad las personas que padecen trastornos mentales o de conciencia graves. Debido a esta incapacidad, el consentimiento dado, por ejemplo, para una intervención médica sería ineficaz.

Tratándose de menores, la manifestación de voluntad es válida en la me- 1341  
 dida en que, respecto al caso concreto, tengan el discernimiento suficiente para apreciar los alcances de su autorización. Este nivel de capacidad es

<sup>313</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 21; JAKOBS, 1991, 7/114.



necesario, sobre todo, en relación con los tipos legales de cierta complejidad. Por ejemplo, el consentimiento de un menor de diecisiete años de edad puede excluir el tipo legal de estafa (art. 196); pero no así el expresado por un niño de siete años. La evidente contradicción del consentimiento con el simple sentido común puede constituir un indicio sobre la falta de discernimiento.

- 1342 Las exigencias son menores tratándose de tipos legales en los que la protección penal se encuentra limitada, sobre todo, por la libertad o voluntad del titular del bien jurídico. En caso de hurto, por ejemplo, un factor decisivo es la ruptura de la posesión y ésta supone el simple querer poseer la cosa mueble (sabiendo dónde se encuentra). Quien se apodera de una cosa que le entrega voluntariamente un niño capaz de discernir no realiza este tipo legal, pues, no la sustrae (ruptura de posesión). Según las circunstancias, podría ser considerado como autor de una apropiación ilícita. El mismo criterio hay que aplicar, con respecto a la violación de domicilio, a quien penetra en una casa porque se lo permite el titular que es un enfermo mental. El discernimiento que tienen estas personas, respecto al caso concreto, es suficiente. Este criterio es confirmado por lo dispuesto en el art. 1358 del CC. Según esta disposición: “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”. Por el contrario, cuando la incapacidad de la víctima es un elemento constitutivo del tipo legal, el consentimiento de ésta no puede ser considerado eficaz para excluir la tipicidad (p. ej., los actos de orden sexual contra niños o incapaces). Lo contrario daría lugar a que el autor, so pretexto del consentimiento de la víctima, puede conseguir por esa vía lo que con arreglo a derecho le es imposible alcanzar. Con razón, la misma ley presume que estas personas no son capaces de disponer de su bien integridad o libertad sexuales; incapacidad que origina, precisamente, la protección penal (art. 173, “menor de catorce años de edad”).
- 1343 En caso de incapaces, en el sentido antes indicado, el representante legal debe dar el consentimiento; por ejemplo, los padres en relación con sus hijos o los curadores respecto a sus pupilos. La mayoría de veces, el contexto en el que debe darse, es el mismo que el del estado de necesidad; de modo que si el representante legal se niega a dar el consentimiento para proteger los bienes de su representado, la intervención, por ejemplo del médico tratante, estará amparada por dicha circunstancia. No es una cuestión de conflicto de intereses, puesto que, qué mayor interés puede tener el representante, sino es precisamente la de fomentar una mejor posición jurídica



de los derechos de su representado, en este caso, del menor incapaz. Una cuestión bastante delicada es la de las decisiones de tipo existencial, como la referente a la donación de un órgano. Si la persona concernida por la extracción del mismo, tiene la capacidad concreta de comprender y apreciar la situación y sus efectos, ella sola puede consentir. Cuando se trata de un incapaz, su decisión no puede ser substituida por la de su representante legal. Por respeto a la dignidad de la persona, no debe realizarse la intervención.

### 3. Manifestación del consentimiento

La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción per- 1344  
judicial puede ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos con-  
cluyentes. En la primera hipótesis, el titular puede hacerlo oralmente o por  
escrito; pero como se trata de una manifestación unilateral de la libertad  
personal, a diferencia de lo manifestado en la exposición de motivos del  
Código<sup>314</sup>, no es indispensable que revista la forma de un acto jurídico con-  
forme al derecho civil, ni que sea directamente dirigida al agente<sup>315</sup>. Si éste  
desconoce, por ejemplo, que el propietario ha expresado su deseo de que la  
cosa sea destruida, no consumará el tipo legal de daños a la propiedad (art.  
205) porque el resultado no puede ser valorado negativamente. Sólo habría  
cometido un delito imposible no penado.

En ciertos casos, sin embargo, es indispensable por mandato legal que el 1345  
consentimiento sea manifestado con una formalidad determinada. Por  
ejemplo, en el caso de trasplantes de órganos, el donante debe consentir  
expresamente la extracción del órgano que será transplantado en otra per-  
sona (art. 7, inc. b, de la Ley N° 23415).

La manifestación del consentimiento mediante actos concluyentes consiste, 1346  
por ejemplo, en tomar asiento en un vehículo sabiendo que será conducido  
por un conductor ebrio. De esta manera, se acepta mediante este proceder  
tajante correr el riesgo de sufrir un perjuicio en su integridad corporal.

Al contrario, es insuficiente la anuencia interna, diferente a la hipótesis 1347  
del denominado consentimiento presunto<sup>316</sup>. Esa voluntad sería difícil de

<sup>314</sup> En la que de modo ambiguo se dice “La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito...”, CP de 1991, p. 8.

<sup>315</sup> GROPP, 1997, § 6 N° 47;

<sup>316</sup> Cfr. *infra* N° 1358 ss.

constatar, en la medida en que permanece en el fuero interno de la persona concernida. Admitir esta aceptación o autorización no manifestada exteriormente implica graves riesgos de hacer depender la eficacia del consentimiento de suposiciones vagas. En caso de violación de la libertad sexual, a falta de pruebas concluyentes sobre la negativa de la víctima, podría concluirse admitiendo su querer “profundo”, íntimo. La seguridad jurídica y la protección de los bienes jurídicos requieren que el consentimiento sea expresado de manera clara por cualquier medio, pero de forma positiva. La simple actitud pasiva de la víctima es insuficiente.

#### 4. Momento del consentimiento

- 1348 La injerencia en los bienes jurídicos ajenos sólo puede ser autorizada por el titular del bien jurídico antes de que el autor intervenga. Quien manifiesta su consentimiento mantiene en su poder, debido a que se trata de un acto unilateral, la facultad de renunciar a su primera decisión. El destinatario de esta decisión no tiene, en consecuencia, ningún derecho adquirido sobre la autorización, ni puede pretender oponerse a su revocación. Además, el titular del bien jurídico puede otorgar su consentimiento bajo ciertas condiciones, las que deben ser realizadas por el autorizado antes de obrar. El titular del bien jurídico puede exteriorizar su cambio de voluntad, hasta antes de concluida la acción perjudicial.
- 1349 No es admisible un consentimiento *a posteriori*. Si el perjudicado manifiesta su conformidad con lo sucedido, no hace sino perdonar al agente por lo que ha realizado. Este hecho no excluye la tipicidad, pues la acción ya ha sido cometida. Es una circunstancia que, a lo más, puede ser considerada en el momento de la individualización de la sanción penal.

#### 5. Contenido del consentimiento

- 1350 El titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de ésta<sup>317</sup>. Así, él debe tener pleno conocimiento de la naturaleza de la acción consentida, de los peligros que conlleva, así como de los efectos que producirá. Esto implica que sea consciente de la situación en la que se encuentra y que, llegado el caso, quien interviene (p. ej., un médico) le haya proporcionado en forma correcta la información nece-

---

<sup>317</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 22; GRAVE/STRÄULI, 1995, p. 155;

saría. Sólo en estas circunstancias, se podrá considerar el consentimiento como el ejercicio concreto de la libertad de obrar, como la manifestación de la autonomía personal del titular del bien jurídico<sup>318</sup>. El consentimiento general, como el proporcionado por el paciente cuando firma el formulario de internamiento en un hospital, no basta respecto a los actos médicos particulares a los que podría ser sometido.

El consentimiento no será válido si el titular del bien jurídico lo ha expresado bajo la influencia de un error. No se trata de cualquier error y tampoco debe ser comprendido en el sentido de los vicios de la voluntad referidos a un acto jurídico de orden civil. Lo decisivo es que la representación equivocada con que actúa el titular del bien jurídico haga que no tenga plena conciencia de los alcances de su renuncia a la protección del mismo. De modo que esta renuncia no puede ser considerada como la expresión de su libertad de obrar. Si hubiera tenido conocimiento pleno, no hubiera dado su consentimiento. 1351

El problema es saber si todo error puede viciar el consentimiento. Tradicionalmente, se admite que el error siempre lo hace ineficaz, pero la dificultad reside en determinar qué errores deben tenerse en cuenta. Para superar estos inconvenientes, se ha propuesto que sólo se tengan en consideración los errores relativos a los alcances o al peligro de renunciar a la protección del bien jurídico. Por ejemplo, cuando el error concierne a la gravedad de la intervención quirúrgica a la que se será sometido. Por lo tanto, es ineficaz el consentimiento dado por el paciente, a quien el médico engaña<sup>319</sup> diciéndole que le extraerá un fragmento de tejido intestinal con el fin de realizar una biopsia, cuando le será practicada, en realidad, una intervención más grave. Por el contrario, el error sobre otras circunstancias que motivan el consentimiento no debe ser tenido en cuenta. Así, cuando quien consiente es defraudado respecto a la promesa pecuniaria que se le hizo para obtener su aprobación. En consecuencia, el error referente a este tipo de motivos, a pesar de que también impulsa a consentir, no tiene el mismo efecto. Si el paciente fue debida y correctamente informado, por ejemplo, de la extracción de un fragmento de tejido con fines científicos, su consentimiento es eficaz a pesar de que no reciba la compensación pecuniaria que se le prometió. Esta promesa no concierne directamente el bien jurídico integridad corporal. 1352

<sup>318</sup> ROXIN, 2006a, § 13 N° 42; WESSEL/BEULKE, 2001, N° 375; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 IV 2; JAKOBS, 1991, 7/114.

<sup>319</sup> STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 22; NOLL, 1955, p. 129 ss.; GROPP, 1997, § 6B N° 43 ss.; ROXIN, 2006a, § 13 N° 72 ss.

- 1353 De la misma manera hay que considerar el caso en que el paciente es engañado en cuanto a las calificaciones profesionales del galeno, si se trata de intervenciones de poca importancia. Por ejemplo, el enfermo autoriza que le aplique una inyección a quien considera que es un médico, cuando en realidad se trata de un veterinario. En este caso, el bien jurídico salud no corre un peligro mayor que el que hubiera corrido en caso de que un médico hubiere practicado la inyección. Por el contrario, su error viciará su consentimiento si quien aplica la inyección le hace creer, con el fin de perjudicarlo, que es urgente hacerlo afirmando que el malestar que siente es grave. En esta última circunstancia, la aceptación de la intervención no constituye normativamente la manifestación de su libertad de accionar porque el error está estrechamente vinculado con la protección del bien jurídico.
- 1354 En los tipos legales en los que el uso de la coacción es previsto como elemento constitutivo del comportamiento delictuoso, el consentimiento obtenido mediante engaño no es suficiente para la realización de éstos. Así, por ejemplo, en caso de violación sexual (art. 170), el delincuente debe someter a la víctima con violencia o grave amenaza. El hecho de que la víctima ceda ante la coacción del delincuente no significa que consienta. Su actitud pasiva, condicionada por la agresión violenta, es muchas veces la sola vía que tiene la víctima para evitar daños más graves (ser lesionada o muerta). Si el acuerdo para mantener relaciones sexuales es obtenido mediante falsas promesas de matrimonio, la mujer engañada no ha sido violada; pero podría darse, según las circunstancias, el delito previsto en el art. 175 (practicar el acto sexual o el acto análogo, mediante engaño, con una persona de catorce años y menor de dieciocho).
- 1355 Estos casos de error provocado por engaño deben ser distinguidos de los errores en que incurre el mismo consintiente. Si éste es el caso, el consentimiento es válido<sup>320</sup>. Habiendo manifestado su voluntad en libertad, su consentimiento debe ser apreciado de modo objetivo. Por lo tanto, quien obra conforme a esta manifestación de voluntad no está obligado a controlar si proviene o no de un error de la persona que consintió. Por ejemplo, cuando el destinatario de la correspondencia autoriza por error a su secretaria para que abra sus cartas personales, ésta no comete ninguna violación del secreto de las comunicaciones (art. 161).

---

<sup>320</sup> LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 46; ROXIN, 2006a, § 13 N° 79; JAKOBS, 1991, 7/116.

Todos estos esfuerzos realizados para determinar los efectos de los vicios que pueden afectar el consentimiento, dada la complejidad de las situaciones que se presentan, llevan a admitir que no es posible aplicar un sólo criterio general, se trata más bien de determinar si éste constituye la expresión personal, autónoma y libre del titular del bien jurídico<sup>321</sup>. 1356

## 6. Consentimiento libre

El consentimiento implica la manifestación de la voluntad real del titular del bien jurídico. La misma que constituye la expresión de la libertad de acción. No debe ser obtenido mediante engaño o coacción<sup>322</sup>. El engaño debe viciar la voluntad manifestada de modo que ésta no constituya la expresión de la libertad de actuar de la víctima. La amenaza o violencia debe ser de tal intensidad que sea propia para doblegar la resistencia del titular del bien jurídico. Sin embargo, no es necesario que la situación creada sea semejante a la del estado de necesidad<sup>323</sup>. Imponer al titular del domicilio, mediante una amenaza seria, que deje entrar en su casa a quien lo amenaza, es actuar conforme al tipo legal de coacción. 1357

## VIII. Consentimiento presunto

En algunas ocasiones, según el orden jurídico, se presume que el interesado ha consentido que se le perjudique en uno de sus bienes o intereses. Se trata de una apreciación normativa sobre cuál hubiera sido el sentido de su voluntad, si hubiera podido pronunciarse respecto al daño que iba a sufrir. Como es imposible saber lo que en verdad quería, se presume, según las circunstancias, si habría o no dado su autorización para que se realice la acción perjudicial. Por lo tanto, no se puede hablar de expresión de la libertad de actuar, pues, el interesado no está, previamente, en situación de ejercerla. En este punto radica la diferencia entre el consentimiento presunto y el consentimiento propiamente dicho. Así mismo, permite afirmar que mientras el consentimiento es una causa de atipicidad, el consentimiento presunto es una causa de justificación<sup>324</sup>. 1358

<sup>321</sup> ROXIN, 2006a, § 13 N° 68, 71; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 34 IV 5; JAKOBS, 1991, 7/121; KÜHL, 2000, § 9 N° 37; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 32 ss. N° 47.

<sup>322</sup> GRAVE/STRÄULI, 1995, p. 154; STRATENWERTH, 2005, § 10, N° 22; NOLL, 1955, p.129 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 143; GROPP, 1997, § 6B N° 43 ss.; ROXIN, 2006a, § 13 N° 72 ss.

<sup>323</sup> Cfr. *infra* N° 1464 ss.

<sup>324</sup> ROXIN, 2006a, § 18 N° 3.

- 1359 Se destacan dos hipótesis del consentimiento presunto. La primera está referida al caso en que quien presume el consentimiento actúa en interés propio. Por ejemplo, quien para trasladarse hacia su centro de trabajo toma prestado el automóvil de su vecino ausente. En la segunda hipótesis, se actúa en interés del presunto consintiente. Ejemplos típicos son la intervención quirúrgica practicada por un médico en la persona de un accidentado que es conducido en estado inconsciente al hospital<sup>325</sup>; el hecho de penetrar en la casa del vecino para introducir los muebles que, al partir de viaje, olvidó en la terraza y evitar que sean dañados por la lluvia; o el abrir una carta dirigida al compañero de habitación, en vacaciones en el extranjero, para evitarle un perjuicio.
- 1360 En casos de esta índole, cuando se presenten las condiciones previstas en el art. 20, inc. 4, el comportamiento será justificado por tratarse de un estado de necesidad. De no ser así, se plantea la cuestión de determinar qué efectos deben reconocerse al consentimiento presunto. La respuesta depende tanto de si se actúa o no en interés propio y de si existen elementos concretos que permitan precisar con cierta seguridad cuál habría sido la voluntad de la persona perjudicada.
- 1361 En caso de actuación en interés propio, dado que el titular del bien jurídico sólo puede ser perjudicado y sin compensación alguna, el consentimiento presunto no debe ser admitido salvo que se den las circunstancias determinantes para tener la convicción de que la víctima hubiera consentido en el caso concreto. El acto cometido es en consecuencia ilícito, salvo que se trate de un estado de necesidad.
- 1362 Cuando se actúa en interés ajeno, en la medida en que no se trata de ponderar de manera objetiva intereses en conflicto, no es posible considerarlo como estado de necesidad. Esta ponderación sólo sirve como elemento que permita presumir, con mayor fortuna, la posible voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta. En el ejemplo de la intervención quirúrgica sobre el accidentado inconsciente, el factor decisivo no es el conflicto entre el bien integridad corporal y el bien libertad individual (dañado por la acción del médico), sino más bien la presunción de la voluntad de sobrevivir del paciente. Circunstancia que permite justificar la intervención del galeno, quien evita la creación de una situación irreversible. Respecto al hecho de abrir la correspondencia del amigo ausente, hay que reconocer que el conflicto de bienes jurídicos es

---

<sup>325</sup> Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 373.

más impreciso, ya que no está claro qué perjuicios y de qué importancia serían evitados. A falta de elementos claros y determinantes para precisar cuál hubiera sido la voluntad del perjudicado, no debería admitirse el consentimiento presunto. En cuanto a evitar que los muebles sean dañados el consentimiento presunto será admitido porque el agente actúa en beneficio del interés objetivamente más importante, salvo que existan elementos de los cuales se deduzca que el titular del bien jurídico no habría dado su autorización. En caso de que los bienes en cuestión fueran personales indisponibles, se trata de un estado de necesidad.

A diferencia de las circunstancias precisas de peligro y ponderación de intereses, propias al estado de necesidad, el consentimiento presunto consiste en una apreciación hipotética por cuya virtud se afirma que el titular del bien jurídico, encontrándose en la situación de hecho concreta, hubiera decidido personalmente autorizar la ejecución de la acción. 1363

El consentimiento presunto no debe ser tampoco confundido con la gestión de negocios sin mandato del derecho civil. Esta institución exige, además de la voluntad presumida del titular del bien jurídico, que el interventor obre en el interés objetivo del afectado. La cuestión radica, por un lado, en la dificultad para determinar cuál es el interés preferido de la persona concernida y, por el otro, en que la consideración de este interés significa establecer mayores exigencias que respecto al consentimiento propiamente dicho. Como ya lo hemos visto<sup>326</sup>, el consentimiento es eficaz aun cuando la autorización dada por el titular del bien jurídico pueda ser considerada como incorrecta o insensata (dejarse amputar el dedo meñique para defraudar al seguro). En ambos casos, lo determinante es la referencia a la voluntad real o presunta. Esta cuestión no debe ser, sin embargo, sobrevalorada porque, en la realidad, la voluntad es presumida generalmente cuando se tiene en cuenta el interés preponderante del titular del bien jurídico. Sólo en casos excepcionales estos dos factores no coinciden. 1364

Teniendo en cuenta los principios constitucionales referentes a la dignidad de la persona y a su autonomía, no debe adoptarse una actitud paternalista al determinar la presumible voluntad del individuo concernido. No se trata, por lo tanto, de precisar qué es lo mejor para él; sino qué es lo que hubiera querido, aun cuando fuera algo no razonable. Este factor es un elemento común al consentimiento expreso y al presunto. Por eso, el consentimiento 1365

<sup>326</sup> Ver *infra* N° 1464 .

no puede ser descalificado invocando una apreciación objetiva que afirme que es contrario a los intereses del correspondiente sujeto.

- 1366 En razón de los riesgos que implica el consentimiento presunto, hay que exigir que el juicio de probabilidad sobre su existencia sólo pueda ser alegado cuando es imposible solicitar la opinión del interesado. En los ejemplos antes citados, esto se debe a que está ausente o al estado de inconsciencia en que se encuentra. Antes de actuar, el tercero debe indagar sobre la voluntad de la persona que va ser afectada. Este no es el caso cuando la voluntad ha sido expresada de manera tácita; por ejemplo, el propietario que, como de costumbre, deja abierta la puerta del jardín para que, en su ausencia, el jardinero puede y riegue las plantas. Éste, al ingresar en esas condiciones, no realiza el tipo legal de la violación de domicilio porque aquel lo ha consentido mediante un acto concluyente. Este acto no es sino la consecuencia de una decisión tomada y expresada inicialmente por el titular del bien jurídico.
- 1367 Dada la especificidad y las implicaciones del consentimiento presunto, su efecto depende, además de las circunstancias referentes al consentimiento expreso, de las propias al caso concreto. En el caso del tratamiento a que es sometido un herido que se encuentra inconsciente (intervención que no puede ser postergada con la esperanza de poder obtener el consentimiento), la decisión del médico de intervenir supone la misma supervivencia del paciente. En consecuencia, debe tener muy en cuenta que el ser humano instintivamente busca aferrarse a la vida y que, por lo tanto, ante el riesgo de error resulta bastante difícil presumir que su voluntad sea la de morir. En buena medida, salvándolo se le da la ocasión de decidir conscientemente sobre su destino.
- 1368 Este mismo criterio, aunque atenuado debido a que los bienes afectados son menos importantes, debe tenerse en cuenta respecto al caso de abrir la correspondencia del amigo o superior ausentes. La presunción debe admitirse cuando existan elementos personales y materiales que razonablemente permitan suponer que el titular del bien jurídico estaría de acuerdo con la intromisión. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando el interesado, en oportunidades anteriores, ha autorizado al tercero para que proceda de esa manera, pero omite dar la contraorden cuando tiene interés en que no se conozca el contenido de las cartas que espera lleguen durante su ausencia.



Lo determinante es el contexto objetivo en que tenga lugar la intromisión. 1369  
Es el caso de quien entra en la casa de su vecino para poner a salvo los muebles olvidados en la terraza. El factor decisivo es, el interés preponderante, determinado mediante una ponderación objetiva<sup>327</sup>. En principio, hay que admitir que el propietario estará satisfecho de que sus muebles no se hayan deteriorado. Esta solución supone que el autor del acto no haya tenido noticias de que éste fuera de opinión diferente. La acción de quien interviene entonces resulta justificada por el consentimiento presunto, sólo en la medida que su acto se oriente en el sentido probable de la voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta.

---

<sup>327</sup> Cfr. JAKOBS, 1991, 15/17.

